Das
Rücktrittsrecht des Gläubigers
bei nicht rechtzeitiger Leistung des Schuldners.

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

einer hohen

Juristenfakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von

Hermann Steidle

Justizreferendär in Tübingen.

Mit Genehmigung der Fakultät gedruckt.

Heilbronn 1903.
Schell'sche Buchdruckerei, Viktor Kraemer.

Das
Rücktrittsrecht des Gläubigers
bei nicht rechtzeitiger Leistung des Schuldners.

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

einer hohen

Juristenfakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von

Hermann Steidle
Justizreferendär in Tübingen.

ACAD. LIBRARY

Mit Genehmigung der Fakultät gedruckt.

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Einleitung 1

Erstes Kapitel:
Die grundsätzliche Stellung des B. G.-B. zum Rücktrittsrecht.

§ 2. Die Regelung des § 286 B. G.-B. im allgemeinen 3
§ 3. Das Ablehnungsrecht des § 286 Abs. 2 B. G.-B. im einzelnen . 8

Zweites Kapitel:
Das Rücktrittsrecht wegen Verzugs bei gegenseitigen Verträgen.

§ 4. Geschichtliche Einleitung 17
§ 5. Die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts im normalen Fall . . 21
§ 6. Die Durchführung des Rücktrittsrechts und seine Gestaltung in einzelnen Fällen 33

Drittes Kapitel:
Das Rücktrittsrecht bei den Fixgeschäften.

§ 7. Das Rücktrittsrecht beim Fixgeschäft des B. G.-B. 43
§ 8. Das Rücktrittsrecht beim Fixgeschäft des H.-G.-B. 47

Anhang.

§ 9. Verhältnis des § 283 B. G.-B. zum Ablehnungsrecht 50
§ 10. Begründet der Verzug in der Erfüllung einer jeden aus einem gegenseitigen Vertrag sich ergebenden Verpflichtung ein Rücktrittsrecht? 52

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547024_0098

Verzeichnis der benützten Litteratur.

Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. Berlin 1796.

Anschütz- v. Völderndorff, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 3. Abteilung. Erlangen 1874.

Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 92. 1902.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. I. Bd. 4. Aufl. 1903.

Dernburg, Pandekten. 2. Bd. 6. Aufl. Berlin 1900.

Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des deutschen Reichs und Preußens. 1. und 2. Aufl. 1899.

Deutsche Juristenzeitung. VI.—VIII. Jahrgang, 1901—1903.

Eiswaldt, O., Rücktritt und Zurückweisung, Erlanger Inaug.-Diss. 1896.

Emerich, H., Kauf- und Werklieferungsvertrag nach dem B. G.-B. Jena 1899.

Endemann, Einführung in das Studium des B. G.-B. I. Bd. 8. Aufl. 1903.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Bd. 7, 32, 50—52.

Gaup-Stein, Kommentar zur C.-P.-O. 4. Aufl. 1901.

Jacobsohn, S., Rücktrittsrecht des Gläubigers in mora debitoris (nach gemeinem Recht). 1900. Erlanger Inaug.-Diss.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B. G.-B. 1900.

Kisch, Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 44, S. 68.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem B. G.-B. 1900.

Kniep, Die mora des Schuldners. 1871/73.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G.-B. 2. Teil. 1899.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich. 2. B. 1901.

Littmann, J., Das gesetzliche Rücktrittsrecht vom Vertrag nach dem B. G.-B. Berlin 1902.

Makower, Kommentar zum H.-G.-B. 12. Aufl. Berlin 1902.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, 3. Abt., Die Lehre von der mora. 1855.

Mugdan-Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Civilrechts. Bd. 2—6.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1899.

Paech, Der Leistungsverzug, eine Studie zum B. G.-B. Berlin 1902.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. II. Bd. 1. und 2. Aufl. 1900.

Regelsberger, Ueber das Recht zum Rücktritt vom Kaufgeschäft wegen Verzugs in der Erfüllung, Archiv für civilistische Praxis. Bd. 50. S. 27 ff.
Rehbein, Das bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. 1902.
Romeick, Zur Technik des bürgerlichen Gesetzbuchs, I. Fristbestimmung. 1901.
Schefold, Der gegenseitige Vertrag im bürgerlichen Gesetzbuch. Ulm 1902.
Schloßmann, Anspruch, Klage, Urteil und Zwangsvollstreckung auf Herbeiführung eines Rechtserfolgs, in Jherings Jahrbüchern, Bd. 45, S. 97 ff.
Schöller, Der Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen, in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 44, 45.
Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, in den Beiträgen ꝛc. Bd. 46.
Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse, I. Hälfte. 1900.
Seufferts Archiv, Bd. 11, 16, 24, 35, 36.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.
Staub, Kommentar zum H.-G.-B. 2. Bd. 1901.
Staudinger, Kommentar zum B. G.-B. 2. Bd. 1901.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. 3. Bd. 3. Aufl. 1898.
Thöl, Das Handelsrecht. I. Bd. 6. Aufl. 1879.
Türcke, R., Der Rücktritt von zweiseitigen Verträgen wegen Säumnis von der andern Seite, Göttinger Inaug.-Diss. 1891.
Wendt, Neurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften. Heft 2. 1878.
Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht. 1902.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 2. Bd. 8. Aufl. 1900.

§ 1.

Einleitung.

Vollzieht der Schuldner trotz eingetretener Fälligkeit schuldhafter Weise seine Leistung nicht an den Gläubiger, so sprechen wir von Verzug des Schuldners. Durch ein solches Verhalten des Schuldners können für den Gläubiger Nachteile aller Art erwachsen. Die Rechtsordnung war daher immer bemüht, an den juristischen Thatbestand des Verzugs Wirkungen anzuschließen, welche die Ausgleichung dieser Nachteile zum Ziel hatten. Die einschlägigen Bestimmungen gingen im wesentlichen dahin, daß der säumige Schuldner dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen hatte.[1] In Theorie und Praxis des gemeinen Rechts sprach man aber seit langem davon, ob nicht unter Umständen Verzug des Schuldners dem Gläubiger ein Rücktrittsrecht gewähre. Die Ausgestaltung dieses Rücktrittsrechts im einzelnen war jedoch durchaus bestritten.[2] Es war von vornherein nicht einmal klar, ob ein einheitliches Rücktrittsrecht als Folge der mora solvendi bestehe oder ob nicht vielmehr zu unterscheiden sei zwischen dem einseitigen Recht zur Auflösungserklärung eines Vertrags mit rückwirkender Kraft und der Befugnis, die angebotene Leistung zurückweisen zu können. Ferner war bestritten, was für weitere Voraussetzungen außer dem Verzug noch gegeben sein müssen, um ein Rücktrittsrecht entstehen zu lassen.

[1] Dernburg, Pandekten, II. Band, § 41: „Der säumige Schuldner schuldet dem Gläubiger das Interesse an rechtzeitiger Leistung."

[2] Ueber die geschichtliche Entwicklung und die verschiedenen Theorien in dieser Frage vergl. O. Eiswaldt, Rücktritt und Zurückweisung, ein Beitrag zu der gemeinrechtlichen Lehre vom Verzug, Erlanger Inaug.-Diss., ferner: Regelsberger, im Archiv für zivilist. Praxis, Bd. 50, S. 27 ff.

Es soll nun in dieser Abhandlung dargestellt werden, wie sich das Rücktrittsrecht bei Verzug des Schuldners nach dem Recht des B. G.-B. gestaltet. Da es sich nur um Erörterung einer einzelnen Verzugsfolge handelt, so braucht im folgenden auf den Thatbestand des Verzugs wohl nicht näher eingegangen zu werden, und es werden daher nur die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts, abgesehen vom Verzug, näher beschrieben. Die Betrachtung der einschlägigen Gesetzesstellen wird nun aber ergeben, daß das Gesetz mitunter bei nicht rechtzeitiger Leistung seitens des Schuldners ein Rücktrittsrecht gewährt, ohne daß den säumigen Teil ein Verschulden trifft, ohne daß also Verzug des Schuldners vorliegt. Bei der großen Verwandtschaft dieser Fälle mit denen, wo das Rücktrittsrecht eine Folge des Verzugs des Schuldners ist, schien es angemessen, auch sie in den Kreis der Betrachtung zu ziehen.

Die Beantwortung der Frage, ob auch das B. G.-B. den Unterschied zwischen Rücktrittsrecht und Zurückweisungsrecht kennt, wird dadurch vereinfacht, daß das B G.-B. auf das Rücktrittsrecht, mag dieses nun ein gesetzliches oder ein vertragsmäßiges sein, sowie auf das Recht, die Leistung abzulehnen und Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, immer dieselben Vorschriften zur Anwendung gelangen läßt. Besondere Bestimmungen sind zwar nur für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht gegeben, doch steht das gesetzliche Rücktrittsrecht dem vertragsmäßigen fast ganz gleich und unterscheidet sich von diesem in der Hauptsache nur in den Voraussetzungen.[1]) Der Rücktritt bildet nach dem B. G.-B. einen Fall der Vertragsaufhebung durch einseitige Willenserklärung der Partei; er ist also ein einseitiges Rechtsgeschäft, das aber unter Umständen neue Verbindlichkeiten zwischen den Parteien begründet. Der Rücktritt bei Verzug des Schuldners unterscheidet sich von den meisten Rücktrittsfällen dadurch, daß er unmittelbar auf dem Gesetz, nicht auf einem Parteivorbehalt beruht.

[1]) Siehe Littmann, Das gesetzliche Rücktrittsrecht vom Vertrag S. 72 ff.

Erstes Kapitel.

Die grundsätzliche Stellung des B. G.-B. zum Rücktrittsrecht als Folge des Verzugs des Schuldners.

§ 2.

Die Regelung des § 286 B. G.-B. im allgemeinen.

Die Folgen des Schuldnerverzugs regelt das B. G.-B. in erster Linie in § 286.

Abs. 1 lautet: „Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen."[1])

Mit diesem Satze befindet sich das B. G.-B. vollständig auf dem Boden des römischen und gemeinen Rechts, wonach der Erfüllungsverzug des einen Teils dem andern Teil kein Recht zum Rücktritt vom Vertrag gab.[2]) Inwieweit Pandektenrecht und moderne Kodifikationen von diesem Satz Ausnahmen bei gegenseitigen Verträgen machten, soll unten kurz berührt werden.

Auch wenn nun das B. G.-B. in Absatz 2 fortfährt:

„Hat die Leistung infolge des Verzugs für den Gläubiger kein Interesse, so kann dieser unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen"

so bedeutet das an sich keine Aenderung des Standpunktes dem

[1]) Anderweite Folgen des Schuldnerverzugs s. B. G.-B. §§ 264, 339, 454, 633, 775 Abs. 1, Ziff. 3.

[2]) Siehe Türcke, Der Rücktritt von zweiseitigen Verträgen, S. 7; S. Jacobsohn, Das Rücktrittsrecht des Gläubigers in mora debitoris, S. 12; Windscheid-Kipp II. Bd., S. 131 ff; Dernburg a. a. O. No. 4, letzter Absatz.

gemeinen Recht gegenüber, denn das Zurückweisungsrecht wurde schon im gemeinen Recht für den Fall, daß die Erfüllung infolge des Verzugs für den Gläubiger kein Interesse mehr habe, auch bei einseitigen Obligationen, z. B. aus Vermächtnissen, anerkannt.[1]) Der Anspruch auf Schadenersatz hatte aber hier nur die Bedeutung einer modifizierten Vertragserfüllung. Im B. G.-B. dagegen wird am Schluß des § 286 für das Ablehnungsrecht bestimmt:

„Die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346—356 finden entsprechende Anwendung."

Also neben dem Recht auf nachträgliche Erfüllung und Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung erhält der Gläubiger in einem besonderen Fall ein weiteres Recht: das Recht, unter Ablehnung der noch ausstehenden Leistung Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Diese Bestimmung entspricht dem Abs. 2 des § 280 B. G.-B., wo der Gläubiger die gleiche Befugnis erhält für den Fall, daß bei teilweiser Unmöglichkeit die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat.

Für die Bestimmung der rechtlichen Natur des dem Gläubiger in § 286 Abs. 2 gegebenen Rechts kommt in Betracht:

a) daß das Gesetz von Ablehnung der Leistung mit Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung spricht;

b) daß für die Handhabung dieses Rechts auf §§ 346—356 verwiesen wird. Da diese Stelle den Rücktritt behandelt, so erhebt sich sofort die Frage, ob wir es auch bei der Befugnis des § 286 Abs. 2 mit einem Rücktrittsrecht zu thun haben. Die Motive[2]) führen hierüber folgendes aus: Der Entwurf des B. G.-B. gewähre dem Gläubiger bei gegenseitigen Verträgen im Fall einer vom Schuldner zu vertretenden gänzlichen oder teilweisen Unmöglichkeit, sowie im Fall des Verzugs das Recht, anstatt Schadenersatz und Erfüllung den Rücktritt vom Vertrag zu wählen; hienach werfe sich zunächst für einseitige Verbindlichkeiten von selbst die Frage

[1]) Eiswaldt a. a. O. S. 10, 11; Littmann a. a. O. S. 9.

[2]) Motive zum I. Entwurf eines B. G.-B., II. Band, zu § 247 und 242, S. 61 und 52 (Ausgabe von Guttentag).

auf, ob nicht an Stelle des Rücktrittsrechts für den Gläubiger ein Aequivalent zu schaffen sei, falls der Schuldner sich im Verzug befinde; dieses Aequivalent bestehe in der Befugnis des Gläubigers, die verspätete Leistung abzulehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen; indem der Gläubiger von diesem Recht Gebrauch mache, bleibe er aber bei dem betreffenden Schuldverhältnis stehen und mache den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung mit der Klage aus dem Schuldverhältnis geltend, während im Fall des Rücktritts die Rückgängigmachung des Vertrags und aller seiner Wirkungen stattfinde; — — vom Rücktrittsrecht unterscheide sich dieses Recht nicht bloß in seinem Zweck und in der Wirkung, sondern auch durch die Voraussetzung, daß es im Gegensatz zum Rücktrittsrecht nur ausgeübt werden könne, wenn die Rückgewähr des empfangenen Teils möglich sei, also besonders auch nicht in verschlechtertem Zustand zurückgewährt werde: diese erschwerende Voraussetzung rechtfertige sich dadurch, daß dieses Recht in der Wirkung von eingreifenderer Bedeutung und für den Schuldner drückender sei als das Rücktrittsrecht.

Dieser von den Motiven vertretenen Ansicht folgt auch teilweise die Litteratur. Nach Kleineidam[1]) ist das in Frage stehende Recht nichts anderes als eine Vereinfachung der für die Schadensberechnung maßgebenden Verhältnisse; es steht also ebenso auf dem Boden des betreffenden Schuldverhältnisses, wie das Recht des Schadensersatzes auf Grund der Schuldverhältnisse überhaupt. Daß auf dieses Recht die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht vom Vertrag geltenden Vorschriften der §§ 346—356 B. G.-B. entsprechende Anwendung finden, erklärt Kleineidam durch die Annahme, diese entsprechende Anwendung beruhe offenbar auf der Erwägung, daß die Ausübung dieses Rechts zwar keinen Rücktritt vom Vertrag, aber doch von dem ursprünglichen Leistungsinhalt darstelle. Auch Schollmeyer[2]) sieht in der Entscheidung für Schadensersatz wegen Nichterfüllung

[1]) Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem B. G.-B. Jena 1900. § 16, S. 112.

[2]) Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse, Bemerkungen zu § 286; ebenso Paech, Der Leistungsverzug, S. 138.

unter Ablehnung der Leistung keinen Rücktritt und beruft sich für seine Ansicht auf § 326 B. G.-B., wo neben diesem Recht noch das Rücktrittsrecht erwähnt sei. Andere Schriftsteller, so Endemann[1]) und Kuhlenbeck[2]) behaupten, man habe es hier trotz alledem mit einem Rücktrittsrecht zu thun.

Die Entscheidung der Frage, ob die Ablehnung der Leistung unter Geltendmachung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung infolge der Verweisung auf die das vertragsmäßige Rücktrittsrecht behandelnden §§ 346—356 ebenfalls als Rücktritt aufzufassen sei, ist wohl nach folgenden Gesichtspunkten zu treffen:

1) terminologisch: § 286 soll ohne weitere Unterscheidung jedem Gläubiger, der eine Leistung zu fordern hat, zu gut kommen, ohne Rücksicht auf den Schuldgrund; von einem Rücktritt spricht man aber nur gegenüber von Rechtsgeschäften, in Sonderheit bei Verträgen; und ferner hat der § 286 nur einseitig das Gläubigerrecht als solches vor Augen; den Anspruch auf die Leistung ohne Rücksicht auf etwaige synalagmatische oder wenigstens konnexe Verpflichtungen; deshalb ist es auch aus diesem Grunde sprachwidrig, von einem Rücktritt zu sprechen, da die Ablehnung einer Leistung wenigstens nicht unmittelbar unter diesen Gesichtspunkt gebracht werden kann.

2) Zu diesen terminologischen Einwänden kommt nun ferner hinzu, daß in § 326 ein doppelter Weg und eine zweifache Be-

[1]) Endemann, Einführung § 138, Anm. 4; die Auffassung der in Rede stehenden Befugnis als Rücktrittsrecht wird geteilt von Cosack, Lehrbuch des deutschen B. G.-B., I. § 105, sie wird zurückgewiesen ferner von Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Bemerkungen zu § 286, von Littmann a. a. O., S. 22, 31 ff., von Crome, System, II. Band § 162, Anm. 30, von Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des deutschen Reichs und Preußens, § 72; Staudinger in seinem Kommentar und Rehbein in seinen Erläuterungen sprechen sich nicht über die Frage aus.

[2]) Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G.-B., II. Teil, steht zwar nicht an, in § 13 das Ablehnungsrecht des § 286 Abs. 2 als Rücktrittsrecht zu bezeichnen; in § 27 seines Werks sieht er jedoch das so gewährte Rücktrittsrecht nicht, wie das vertragsmäßige, als allgemeinen Erlöschungsgrund des Obligationsverhältnisses an; denn diese Ansicht würde, wie er sagt, einen logischen Widerspruch involvieren, da ja doch für den Schadensersatzanspruch gerade der Vertrag die Grundlage bilde.

fugnis unterschieden wird. Rücktritt vom Vertrag oder Ablehnung der Leistung mit Anspruch auf Schadensersatz wie in § 286. Danach scheint sich zu ergeben, daß die zweite Befugnis etwas vom Rücktritt Verschiedenes zum Inhalt hat. Allerdings fällt sofort auf, daß zu § 286 doch auch auf §§ 346 ff. verwiesen wird, daß also § 326 eigentlich auf denselben Weg zweimal zu verweisen scheint. Hiebei liegt die Aufklärung natürlich im Wesen der gegenseitigen Verträge und des Synallagma; denn wenn hier ein Teil zurücktritt, so wird damit das Gesamtverhältnis zur Auflösung gebracht, wie ja freilich die §§ 346 ff. auch selbst an die Hand geben. Deshalb hat also § 326 mit seinem Doppelrecht des Gläubigers die Bedeutung, daß der Gläubiger die synallagmatische Beseitigung des ganzen Vertragsverhältnisses nicht herbeizuführen braucht, sondern berechtigt ist, auch unter Wahrung und Aufrechterhaltung des einen Teils des Vertragsverhältnisses lediglich den andern Teil umzugestalten und an die Stelle des Erfüllungsanspruchs den Schadensersatzanspruch zu setzen. Eine solche Umgestaltung vollzieht auch der Gläubiger, der von der ihm in § 286 Abs. 2 gewährten Befugnis Gebrauch macht; es ist hier also kein eigentliches Rücktrittsrecht gegeben; vielmehr steht diese Befugnis auf dem Boden des konkreten Schuldverhältnisses.[1]) Keine Schwierigkeiten kann daher auch die Frage machen, auf welcher Grundlage der dem Gläubiger zustehende Schadensersatzanspruch ruhe.[2]) Das Fundament des Ersatzanspruchs ist das gleiche wie das des ursprünglichen Leistungsanspruchs, nämlich das spezielle verletzte Schuldverhältnis.[3])

Obgleich nun das Ablehnungsrecht des § 286 Abs. 2 kein Rücktrittsrecht ist, ist es doch wohl angezeigt, im folgenden auf die Einzelheiten dieses Rechts einzugehen, weil die meisten Bestimmungen des vertragsmäßigen Rücktrittsrechts, die weiter unten so wie so dargestellt werden müßten, auf das Ablehnungsrecht zur entsprechenden Anwendung gelangen.

---

[1]) Welcher Art dieses Schuldverhältnis sein kann, vergl. am Schluß des nächsten §.

[2]) Anders im gemeinen Recht; s. darüber Eiswaldt a. a. O. S. 42.

[3]) Ueber das Verhältnis von Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung und Leistungsanspruch s. im nächsten §.

§ 3.

Das Ablehnungsrecht[1]) des § 286 Abs. 2 B. G.-B. im einzelnen.

I. Die Voraussetzungen des Ablehnungsrechts.

Der Gläubiger kann bei Verzug des Schuldners Schadensersatz wegen Nichterfüllung unter Ablehnung der Leistung nur unter der Voraussetzung verlangen, daß die Leistung infolge des Verzugs für den Gläubiger kein Interesse mehr hat.

1. Interesse[2]) ist ein mehrdeutiger Ausdruck, den das Gesetz allerdings an verschiedenen Stellen verwendet; auch in unserem Fall wird vom Gesetz nichts darüber ausgesagt, wie beschaffen dieses Interesse sein muß; doch ist wohl ohne weiteres die Auffassung zurückzuweisen, daß es bei dem hier verlangten Mangel des Interesses darauf ankomme, ob der Gläubiger auf die Leistung keinen Wert mehr legt; vielmehr kann es sich nur um ein objektiv berechtigtes Interesse handeln; ausschlaggebend ist daher die Erwägung, ob die Leistung noch thatsächlich Wert für den Gläubiger hat oder nicht: trifft das erstere zu, so ist das Ablehnungsrecht ausgeschlossen. Und zwar bilden die Verhältnisse des Gläubigers im konkreten Fall den Maßstab für die Beurteilung, so daß dem Ablehnungsrecht stattzugeben ist, wenn nach diesen besonderen Umständen ein Interesse nicht mehr vorliegt.

2. Es muß das Interesse an der Leistung fehlen, d. h. an der Bewirkung der ursprünglich dem Inhalt des Schuldverhältnisses entsprechenden Leistung des Schuldners. Der Normalfall, den das Gesetz in erster Linie im Auge hat, ist wohl der, daß der Schuldner in dem Moment, wo er in Verzug gerät, noch nichts geleistet hat. Doch ist auch denkbar, daß der Schuldner bereits einen Teil seiner Leistung bewirkt hat und dann mit der Restleistung in Verzug kommt, eine Möglichkeit, die vom Wortlaut des Gesetzes umfaßt

[1]) Der Kürze halber mag im folgenden das Recht unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, Ablehnungsrecht genannt werden.

[2]) Schollmeyer a. a. O. S. 109; Kleineidam a. a. O. S. 111; Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen S. 186; Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren § 34.

wird und auf die § 286 Abs. 2 daher ebenfalls anzuwenden sein wird. Gerade im letzteren Fall werden weitere Unterscheidungen dadurch hervorgerufen, daß einmal der Gläubiger zwar ein Interesse hat, den Teil der Leistung, den er bereits empfangen hat, behalten zu dürfen, daß aber durch den Verzug der noch ausstehende Teil der Leistung für ihn wertlos geworden ist, während ein andermal der Verzug bewirkt, daß auch der schon gelieferte Teil der Leistung, eben weil er bloß ein Teil ist, für den Gläubiger keinen Wert hat; in einem solchen Fall war es dem Gläubiger gerade auf das Haben der ganzen Sache angekommen oder die Leistung hatte Mittel zu einem einheitlichen Zweck sein sollen, der durch eine nur unvollständige Erfüllung nicht erreicht werden kann. Wenn die Verhältnisse so liegen, so werden wir unbedingt dem Gläubiger das Recht gewähren müssen, die ganze ursprüngliche Leistung zurückzuweisen. Bei der ersten der gemachten Unterscheidungen ist es offenbar angemessen, daß er den empfangenen Teil der Leistung behält, während er in Beziehung auf die noch ausstehende Restleistung, an der er kein Interesse mehr hat, die Ablehnung erklärt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung dieses Teils verlangt. Allzu große praktische Bedeutung dürfte der zuletzt erörterten Möglichkeit wohl nicht zukommen, da der Gläubiger ja nicht gehalten ist, eine Teilleistung anzunehmen.

3. Der Zeitpunkt, in welchem das Interesse fehlen muß, ist aus den Worten zu entnehmen: „Hat die Leistung infolge des Verzugs kein Interesse;" es müssen also die Voraussetzungen des Verzugs — Fälligkeit, Mahnung — vorliegen. Hat in dem Moment, wo dies der Fall ist — auf das gegenwärtige Interesse des Gläubigers gesehen — die Leistung für ihn keinen Wert, so darf er sie ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

4. Den Beweis des mangelnden Interesse hat der Gläubiger zu führen. So sprechen sich schon die Motive[1]) aus und dies ergiebt sich auch aus allgemeinen Rechtsregeln; denn das mangelnde Interesse ist Voraussetzung des weiteren Rechts des Gläubigers,

[1]) Motive II., S. 52; s. ferner Kleineidam a. a. O. S. 111; Schollmeyer a. a. O. S. 109; Planck a. a. O. S. 54; Oertmann, Bem. 5 zu § 280.

wäre also im Prozeß der Klagegrund, den er natürlich zu beweisen hätte. Der Gläubiger kennt auch am besten die für die Beurteilung des Interesses maßgebenden Verhältnisse.

II. Die Durchführung des Ablehnungsrechts.[1])

Zur Erörterung über die Handhabung des § 286 Abs. 2 gehört in Sonderheit die Beschränkung auf einseitige Gläubigerrechte; es können daher, wie im folgenden zu zeigen ist, nicht sämtliche Einzelheiten der §§ 346 ff. zur Anwendung gelangen, da diese §§ vielfach gegenseitige Leistungen zur Voraussetzung haben.

1. Für die Ausübung des Ablehnungsrechts ist in erster Linie maßgebend die Verweisung auf § 349. Die Ablehnung der Leistung unter Entscheidung für Schadensersatz wegen Nichterfüllung erfolgt hienach durch Erklärung gegenüber dem andern Teil, d. h. gegenüber dem säumigen Schuldner. Eine besondere Form ist für diese Erklärung nicht vorgeschrieben; es muß eben in irgend welcher nicht mißzuverstehender Weise zum Ausdruck gelangen, daß der Gläubiger auf den noch ausstehenden Teil der Leistung, bezw. die ganze Leistung verzichtet und statt der ursprünglich dem Schuldner obliegenden Art der Erfüllung Schadensersatz haben will. Die Einwilligung des Schuldners ist im Gegensatz zur Wandlung nach § 465 B. G.-B. zur Wirksamkeit der Ablehnung nicht erforderlich. Es handelt sich hienach hier um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, auf welche die Vorschriften des allgemeinen Teils, in Sonderheit §§ 130—132 B. G.-B. Anwendung finden. Insofern hat das Ablehnungsrecht Aehnlichkeit mit dem Widerruf und der Kündigung. Der Widerruf, der z. B. in den §§ 109 und 530 vorkommt, hat jedoch nicht die scharfen Wirkungen des § 347; die Kündigung aber bringt das Rechtsverhältnis wenigstens für die Zukunft zum Erlöschen, während es hier, wie wir oben gesehen haben, überhaupt bestehen bleibt.[2])

Des Näheren kann der Berechtigte entweder dem säumigen Schuldner die Erklärung zugehen lassen, er lehne die eventuell noch

[1]) S. Paech a. a. O. S. 135 ff.

[2]) Ueber den Unterschied dieser Aufhebungsakte untereinander s. auch Littmann a. a. O. S. 12 ff.

zur Anbietung kommende Leistung ab und mache den Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung geltend oder kann er die verspätet angebotene Leistung zurückweisen mit dem gleichen Bemerken. Auch in einem Rechtsstreit kann die Ablehnungserklärung abgegeben werden, in der Art, daß der Berechtigte die Forderungsklage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung anstellt.

2. Sind bei dem Schuldverhältnis auf der einen oder andern Seite mehrere beteiligt, so kann das Ablehnungsrecht nur von allen und gegen alle ausgeübt werden (§ 356). Wirksam wird die Ablehnung dann in dem Moment, wo sie von allen erklärt ist, also erst mit der zeitlich letzten Erklärung; bis dahin wird man wohl Widerrufsmöglichkeit seitens eines auf der Gläubigerseite Beteiligten, der sich bereits für Schadenersatz erklärt hat, zulassen müssen. Erlischt das Ablehnungsrecht für einen der Berechtigten, so erlischt es auch für die übrigen.

3. Verschiedene Umstände können zur Folge haben, daß das an sich für den Gläubiger begründete Ablehnungsrecht wieder entfällt. In erster Linie ist dies natürlich der Fall, wenn der Gläubiger auf die ihm zustehende Befugnis ausdrücklich Verzicht leistet. Ein Verzicht auf das Ablehnungsrecht wird namentlich darin zu sehen sein, daß der Gläubiger die nachträglich angebotene Leistung thatsächlich annimmt. Jedenfalls ist es aber leicht denkbar, daß der Schuldner sich eine Zeit lang in Ungewißheit darüber befindet, was der Gläubiger thun wird. Diese Ungewißheit kann der Schuldner dadurch beseitigen, daß er dem Gläubiger für die Erklärung der Ablehnung und Entscheidung für Schadenersatz wegen Nichterfüllung eine Frist setzt, nach deren fruchtlosem Ablauf die Ablehnungsbefugnis erlischt (§ 355 B. G.-B.). Diese Frist muß angemessen sein, ein Erfordernis, über das weiter unten[1]) noch zu handeln sein wird. Glaubt der Schuldner, die Frist sei vom Gläubiger nicht benützt worden, während dieser trotzdem die Ablehnung erklärt, so liegt in dem eventuellen Rechtsstreit die Beweislast für Setzung, Ablauf und Angemessenheit der Frist beim Schuldner; Sache des Gläubigers ist es dann, die Rechtzeitigkeit der Ablehnungserklärung

[1]) S. hierüber unten S. 28 ff.

zu beweisen. Daß der Schuldner in diesem Fall die Möglichkeit hat, durch die Fristsetzung eine Klärung der Rechtslage herbeizuführen und der Geltendmachung des Ablehnungsrechts eine zeitliche Grenze zu setzen, ist eine billige Rücksichtnahme auf den Schuldner, wie sie das Gesetz in ähnlicher Weise noch mehrmals statuiert.[1])

Hat der Gläubiger bei Verzug des Schuldners erklärt, er verlange nachträgliche Erfüllung und Schadensersatz wegen der Verspätung, so kann er diese Erklärung immer noch widerrufen und von seinem Ablehnungsrecht Gebrauch machen. Dies folgt daraus, daß das Recht des Gläubigers auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Leistung dem Gläubiger nicht erst auf Grund ausgeübter Wahl, sondern ohne weiteres zusteht, daß daher in der Geltendmachung dieses Rechts nicht die Ausübung eines Wahlrechts liegt. Ja auch die Erhebung der Klage auf Erfüllung wird nicht einen bindenden Verzicht auf das Ablehnungsrecht in sich schließen; ist dagegen der Schuldner rechtskräftig zur Erfüllung verurteilt, so greift § 283 ein.[2])

Auf der andern Seite wird der Gläubiger, der einmal erklärt hat, von seinem Ablehnungsrecht Gebrauch machen zu wollen, an diese Erklärung gebunden sein; die entgegengesetzte Annahme würde wohl eine Härte gegen den Schuldner in sich schließen, der sich bereits darauf verlassen hat, die ursprüngliche Leistung nicht mehr vollziehen zu müssen.

4. Das Gesetz zählt in den §§ 351—353 noch eine Reihe von Fällen auf, in denen der Rücktritt ausgeschlossen ist. Die Umstände, die diese Wirkung herbeiführen, beziehen sich auf den vom Schuldner geleisteten Gegenstand. Die betreffenden Bestimmungen lassen sich demnach auf den Fall des § 286 Abs. 2 nur unter der Voraussetzung entsprechend anwenden, daß der Gläubiger einen Teil der Leistung bereits empfangen hat und der Schuldner mit dem Rest der Leistung in Verzug gerät, der Gläubiger aber infolge des Verzugs auch am Behalten des geleisteten Teils kein Interesse hat und infolgedessen zur Rückgabe berechtigt ist. Nach

[1]) S. hierüber unten S. 23 ff.
[2]) S. hierüber unten S. 50 ff.

den angezogenen Bestimmungen erlischt nun das Ablehnungsrecht, wenn durch die Schuld des Gläubigers der empfangene Gegenstand wesentlich verschlechtert wird, ganz oder zu einem erheblichen Teil untergeht oder aus einem andern Grunde nicht herausgegeben werden kann. Auch hier steht nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes das von dem berechtigten Gläubiger zu vertretende Verschulden eines andern dem eigenen Verschulden des Gläubigers gleich (§ 351). Sind allerdings diese Umstände — Untergang, wesentliche Verschlechterung, Unmöglichkeit der Herausgabe — ohne Verschulden des Gläubigers eingetreten oder ist nur ein unerheblicher Teil untergegangen und nur eine unwesentliche Verschlechterung erfolgt, so bleibt die Ablehnungsbefugnis nach wie vor bestehen und der Gläubiger haftet dann auch nur nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung. Als Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung sich hier der Gläubiger eventuell anderer Personen bedient, kommt die im Fall der Ablehnung unter den oben bezeichneten Voraussetzungen eintretende Rückgewährverbindlichkeit in Betracht. Von einem zu vertretenden Verschulden dieser Personen kann daher erst dann die Rede sein, wenn die den Schaden verursachende Handlung nach Erklärung der Ablehnung vorgenommen wurde. Das Ablehnungsrecht ist ferner ausgeschlossen, wenn der Gläubiger die empfangene Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat (§ 352). Von einem Verschulden des Berechtigten oder der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, ist hier nicht die Rede. Doch wird im Fall des § 352 die Befugnis des Gläubigers nur dann ausgeschlossen sein, wenn die Wiederherstellung des ursprünglichen Gegenstands nicht mehr möglich ist. Dagegen steht es nach § 353 der Geltendmachung des Ablehnungsrechts nicht entgegen, daß der Gläubiger den empfangenen Gegenstand ganz oder zu einem erheblichen Teil veräußert oder mit Rechten Dritter belastet hat. Noch der erste und der zweite Entwurf hatten in Beziehung auf den Rücktritt in § 430 bezw. § 303 hierin einen andern Standpunkt eingenommen; auch das Gesetz läßt die rücktrittausschließende Wirkung, die dann auch bei unserm Ablehnungsrecht gilt, wenigstens dann eintreten, wenn der Dritte, welcher den Gegenstand infolge der

Verfügung erlangt hat, ihn umgestaltet oder in schuldhafter Weise seinen Untergang, wesentliche Verschlechterung oder anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe herbeigeführt hat (§ 353 Abs. 1). Den Verfügungen des Berechtigten stehen nach § 353 Abs. 2 Verfügungen gleich, die im Weg der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen. Zu erörtern wäre noch der Fall, daß der vom Schuldner geleistete und im Besitz des Gläubigers befindliche Gegenstand durch Zufall unterging oder verschlechtert wurde. Das preußische allgemeine Landrecht bestimmte hierüber anläßlich der Statuierung eines Rücktrittsrechts vom Vertrag wegen fehlender vorbedungener Eigenschaften des gelieferten Gegenstands in I, 5 §§ 326 und 327:

> „Der Uebernehmer muß aber alsdann die Sache in dem Stande, in welchem er sie empfangen hat, zurückgeben. Kann oder will er dieses nicht, so hat es bei dem Kontrakte sein Bewenden, und der Empfänger kann von dem Geber nur soviel Vergütung fordern, als die Sache wegen der fehlenden Eigenschaft weniger wert ist."

Das Rücktrittsrecht war also bei zufälligem Untergang ausgeschlossen; anders das B. G.-B. in § 350. Dernburg[1]) ist bei der Erörterung des vertragsmäßigen Rücktrittsrechts der Ansicht, daß diese Bestimmung eventuell zu Unbilligkeiten führt. Legen wir aber den oben S. 20 und 21 besprochenen Fall zu Grunde, wo der Gläubiger, obwohl er einen Teil der Leistung empfangen hat, infolge des Verzugs mit der Restleistung sein Ablehnungsrecht in Beziehung auf den Gesamtinhalt des Schuldverhältnisses ausüben darf, so ist es doch wohl angezeigt, daß der Schuldner den Schaden trägt; unbillig wäre es, den Gläubiger schlechter zu stellen, als wenn der Vertrag überhaupt nicht geschlossen wäre.

5. Was nun die Wirkungen der erfolgten Ablehnungserklärung und Entscheidung für Schadenersatz wegen Nichterfüllung anlangt, so kommt die in § 346 bestimmte Verpflichtung der Parteien nur für den Gläubiger in Ansehung der etwa empfangenen Teilleistung

[1]) Dernburg II, S. 242.

in dem Fall in Betracht, daß er infolge des Verzugs auch am Behalten des geleisteten Teils kein Interesse hat. Der Schuldner dagegen, der – hier, wo es sich nicht um gegenseitige Verträge handelt — nichts empfangen hat, braucht auch nichts zurückzugeben; er muß eben Schadenersatz wegen Nichterfüllung der ihm ursprünglich obliegenden Verpflichtung leisten. Es liegen also keine Verpflichtungen vor, die Zug um Zug zu erfüllen wären; für die entsprechende Anwendung von § 348 ist demnach kein Raum. Unter denselben beschränkenden Voraussetzungen von § 346 ist auch § 347 auf das Ablehnungsrecht entsprechend anzuwenden. Hienach bestimmt sich der Anspruch auf Schadenersatz wegen Verschlechterung, Untergang oder einer aus einem andern Grund eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe vom Empfang der Leistung an nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten. Das gleiche gilt von dem Anspruch auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und von dem Anspruch auf Ersatz von Verwendungen. Eine Geldsumme ist von der Zeit des Empfangs an zu verzinsen. Dabei ist noch zu beachten, daß die Anwendung des § 347 natürlich ausfällt, wenn die in Satz 1 bezeichneten Umstände derart sind, daß sie nach § 352 die Ablehnungsbefugnis überhaupt ausschließen.

Gerät der Gläubiger mit der ganzen Rückleistung, soweit sie ihm obliegt, oder mit einem erheblichen Teil derselben in Verzug, so greift § 354 Platz. Der Schuldner kann dem Gläubiger eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme nach Ablauf der Frist ablehne. Die Ablehnungserklärung wird unwirksam, wenn nicht die Rückgewähr vor dem Ablauf der Frist erfolgt.

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß, falls der Gläubiger von dem säumigen Schuldner noch gar nichts erhalten hat und nun von seinem Ablehnungsrecht Gebrauch macht, nur von einer entsprechenden Anwendung der §§ 349, 355, 356 auf die Befugnis des § 286 Abs. 2 die Rede sein kann. Andere Bestimmungen des vertragsmäßigen Rücktrittsrechts, auf die verwiesen ist, kommen nur unter ganz besonderen Voraussetzungen in Betracht und wieder

andere entziehen sich, wie wir gesehen haben, der entsprechenden Anwendung vollständig.

III. Bedeutung der Bestimmungen des § 286 Abs. 2.[1])

Daß die in § 286 Abs. 2 getroffene Regelung große praktische Bedeutung hat und daß sie den Bedürfnissen des Verkehrs sehr entgegenkommt, wird nicht zu bestreiten sein. Dernburg bildet das Beispiel, daß dem Gläubiger ein Pferd versprochen war, damit er es als Reserveleutnant im Manöver gebrauchen solle, während es ihm im Zivilstand zur Last wäre. Wir werden sagen dürfen: überall, wo eine Leistung zu einer bestimmten Zeit erfolgen soll, um dem Berechtigten zu dienen — ohne daß dabei ein Fixgeschäft vorliegt, — wird der Gläubiger von der Möglichkeit des § 286 Abs. 2 Gebrauch machen; er wird das um so eher thun, als es ihm, wenn er sich selbst anderweit Ersatz schafft, leichter fallen wird, den Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu liquidieren, als den Schaden, der ihm aus der Verspätung der Erfüllung erwächst. So wird z. B. der Altenteilsberechtigte, der für seinen Bedarf bestimmte Naturalien zu fordern hat, wenn der Verpflichtete in Verzug kommt, sich die Naturalien selbst beschaffen und das notwendig Verauslagte oder statt der Naturalien Geld fordern, weil diese bei nicht rechtzeitiger Lieferung keinen Wert für ihn haben.[2])

Das Anwendungsgebiet des § 286 Abs. 2 ist aber nicht nur auf einseitige Gläubigerrechte beschränkt; vielmehr läßt sich diese Stelle noch für alle die Fälle heranziehen, wo der Gläubiger zwar aus irgend welchem Grunde zur Gegenleistung ex eadem causa verpflichtet ist, gleichwohl aber kein gegenseitiger Vertrag vorliegt.

---

[1]) Siehe Rehbein a. a. O. Seite 125.

[2]) Zu bemerken ist jedoch, daß derartige Verhältnisse meistens partikularrechtlich besonders geregelt sind; so ist an Art. 9 Ziff. 2 des badischen Ausführungsgesetzes zum B. G.-B. für den mit der Ueberlassung eines Grundstücks in Verbindung stehenden Leibgedingsvertrag und das daraus sich ergebende Schuldverhältnis ein besonderes Ablehnungsrecht des Berechtigten gewährt; s. darüber noch unten.

Zweites Kapitel.

Das Rücktrittsrecht wegen Verzugs bei gegenseitigen Verträgen.

§ 4.

Geschichtliche Einleitung.

Ein Rücktrittsrecht des nicht säumigen Kontrahenten bei Säumnis des andern in der Weise, daß alles in den früheren Stand zurückkehrte, gab es nach dem Ergebnis der diesbezüglichen Forschung im römischen Recht auch bei gegenseitigen Verträgen nicht. Dieses Prinzip lag auch dem gemeinen Recht[1]) zu Grunde, wonach also die Regel die war, daß der nichtsäumige Teil von dem säumigen nur Erfüllung und Schadensersatz wegen der Verzögerung beanspruchen konnte. Hievon wurden nur Ausnahmen gemacht, wenn dem Gläubiger die in Rede stehende Leistung durch den Verzug des Schuldners nutzlos geworden war, wenn er also kein Interesse mehr an ihr hatte. Der Hauptfall, der hierher gehört, war der, daß der Vermieter die gemietete Sache oder die gemieteten Dienste nicht rechtzeitig gewährte.[2]) Eine weitere selbstverständliche Ausnahme war die, daß das Rücktrittsrecht vertragsmäßig vorbehalten war. Das ältere deutsche Recht blieb in dieser Frage noch

[1]) S. Windscheid-Kipp II, S. 31; Dernburg, Pandekten II, S. 117; Thöl, Handelsrecht I, §§ 281, 282; Eiswaldt a. a. O. S. 24 ff. Regelsberger, im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 50, S. 28; Wendt, Neurecht und Gebundenheit, Heft 2, S. 15 und 16.

[2]) S. Türcke, S. 6; Jacobsohn, S. 24 ff., S. 35.

hinter dem römischen und gemeinen Recht zurück. Nach Stobbe-Lehmann[1]) findet sich speziell beim Kauf keine unzweifelhafte quellenmäßige Rechtfertigung, wonach die mora des einen Kontrahenten den andern unter Umständen berechtigte, von dem Vertrag zurückzutreten; nach einer Bestimmung des Wiener Stadtrechts durfte der Verkäufer zurücktreten, nachdem er dem Gericht die mora des Käufers angezeigt hatte; eine allgemeine Anerkennung des Rücktrittsrechts findet sich nirgends.

An die bisher geschilderten Grundsätze hielt sich auch die Praxis der obersten Gerichte. So heißt es z. B. in Seufferts Archiv, Bd. 24, Entscheidung 228:[2]) „auch wo die vereinbarte Frist eines Vertrags nicht ausdrücklich als Bedingung für das Gebundensein an solchen aufgestellt ist, muß gleichwohl wegen erheblicher Säumnis in der Erfüllung eine Befugnis des auf die Leistung Berechtigten vom Vertrag zurückzutreten, anerkannt werden, wenn nach der Natur der Verhältnisse zu unterstellen ist, daß die Einhaltung jener Zeit ein wesentliches Moment für das Interesse abgab, durch welches der Vertragsschluß bestimmt wurde."

Das preußische allgemeine Landrecht bestimmte in Anlehnung an das gemeine Recht in § 393 I, 5:

> „Die von der einen Seite geweigerte oder nicht gehörig geleistete Erfüllung des Vertrags berechtigt in der Regel den andern noch nicht von dem Vertrag selbst wieder abzugehen."

Schon aus der Fassung dieses Satzes geht aber hervor, daß auch das allgemeine Landrecht[3]) unter Umständen ein Rücktrittsrecht zuläßt: so kann nach § 229 I, 11 bei Käufen über bewegliche Sachen unter 50 Thalern der Verkäufer vom Vertrag wieder abgehen, sobald die zur Abholung der Ware bestimmte Zeit verflossen ist; ebenso kann nach § 230 der Verkäufer, wenn der Käufer die Zahlung des Kaufgelds, welche er bei der Uebergabe bar zu leisten

[1]) Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, 3. Aufl., 3. Bd., Seite 302.

[2]) S. weiter Seuffert's Archiv, Bd. 35,14—11,230—16,208—36,189, sowie den Nachweis bei Eiswaldt a. a. O.

[3]) Eingehend hierüber Türcke a. a. O. § 6 ff.

versprochen hat, nicht leistet, die Uebergabe verweigern und den Kontrakt aufheben. § 408 I, 5 gewährt unter Umständen ein Rücktrittsrecht bei Verträgen, deren Hauptgegenstand Handlungen sind; nach § 273 I, 21 hat der Mieter oder Pächter wahlweise mit andern Rechten ein Rücktrittsrecht, wenn die gemietete oder gepachtete Sache nicht in brauchbarem Zustand übergeben wird. Das eigentümlich gestaltete Rücktrittsrecht wegen Mangels der Erfüllung von der andern Seite läßt sich für unsere Frage als Beispiel nicht verwerten.

Ueber das preußische Recht hinaus geht der Artikel 1184 des code civil:[1])

> „la condition résolutoire est toujours sousentendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas, où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement."

War somit dem nicht säumigen Teil ohne weiteres ein scharfer Rechtsbehelf in die Hand gegeben, so war aber auch andererseits das Interesse des Säumigen dadurch geschützt, daß der zum Rücktritt Befugte auf Auflösung des Vertrags klagen mußte und daß dem Säumigen unter Umständen vom Gericht eine Nachfrist gewährt werden konnte. Auch der preußische Entwurf des alten H.-G.-B. gab dem nicht säumigen Kontrahenten nur das Recht, „bei Gericht die Aufhebung des Vertrags und Schadenersatz zu fordern" — la résolution doit être demandée en justice —. Das allgemeine deutsche H.-G.-B. endlich bestimmte:

> Art. 354: „Wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge und die Ware noch nicht übergeben ist, so hat der Verkäufer die Wahl, ob er die Erfüllung des Vertrags und Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen oder ob er statt der Erfüllung die Ware unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 343 für Rechnung des Käufers verkaufen und Schadenersatz fordern oder ob er vom Vertrag abgehen will, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre."

[1]) Eine Kritik dieser Bestimmung findet sich bei Regelsberger a. a. O. Seite 31.

Art. 355: „Wenn der Verkäufer mit der Uebergabe der Ware im Verzug ist, so hat der Käufer die Wahl, ob er die Erfüllung nebst Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder von dem Vertrag abgehen will, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre."

Art. 356: „Will ein Kontrahent auf Grund der Bestimmungen der vorigen Artikel statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder von dem Vertrag abgehen, so muß er dies dem andern Kontrahenten anzeigen und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäfts dies zuläßt, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren."

Mit diesen Bestimmungen des allgemeinen H.-G.-B. war die Rechtsentwicklung jedoch nur auf dem Gebiet der Handelsgeschäfte zu einem Abschluß gelangt; und hiebei schien es sein Bewenden zu haben, denn § 369 des ersten Entwurfs zum B. G.-B. gab dem Gläubiger bei gegenseitigen Verträgen im Fall des Verzugs des andern Kontrahenten das Recht zum Rücktritt vom Vertrag nur unter der Voraussetzung, daß die Leistung infolge des Verzugs für ihn das Interesse verloren hatte, der Rücktritt in concreto durch das Interesse des Gläubigers gerechtfertigt war.[1]) Damit war der gemeinrechtliche Standpunkt festgehalten. Und doch war offensichtlich, daß die Erwägungen, die für das Handelsrecht die Einräumung des Rücktrittsrechts als Folge des Schuldnerverzugs — ohne die Einschränkung der Interesseabwägung — angezeigt erscheinen ließen, auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts zu den gleichen Resultaten führen mußten.[2]) Auch hier lassen sich ja leicht Fälle denken, wo dem nicht säumigen Kontrahenten der Beweis des durch die Säumnis des andern Teils erwachsenen Schadens überaus schwierig ist, wo es ihm lästig wäre, die eigene Leistung machen zu müssen, während er mit der Beitreibung der ausstehenden Gegenleistung bezw. des an ihre Stelle tretenden Schadens-

[1]) Motive II, S. 210.

[2]) S. darüber auch Littmann a. a. O. S. 61.

ersatzes[1]) in keiner Weise für Erfolg Gewähr hat. In der zweiten Kommission kam[2]) denn auch die Ueberzeugung zum Ausdruck, daß die gemeinrechtliche Ausgestaltung des Rücktrittsrechts beim Verzug dem im Volke lebenden Rechtsbewußtsein fremd geblieben sei; auch erwog man, daß die Regelung des Entwurfs speziell beim Kauf zu unbilligen Härten gegen den Verkäufer führe; und so wurde der jetzige § 326 B. G.-B. Gesetz.

§ 5.

Die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts im normalen Fall.

§ 326 B. G.-B. lautet: „Ist bei einem gegenseitigen Vertrag der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzug, so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Nach dem Ablauf der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrag zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Wird die Leistung bis zum

---

[1]) Die in der Litteratur außerordentlich bestrittene Frage, ob der nicht säumige Kontrahent, wenn er sich im Fall des § 326 für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung entscheidet, zur Gegenleistung verbunden bleibt, wird hiemit von uns bejaht; ebenso Schollmeyer zu § 323; Planck zu § 323; Dernburg II, § 96; Matthiaß I, S. 387; Lehmann-Ring, das H.-G.-B. für das deutsche Reich, Bd. 2, S. 131; Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag S. 86; Paech a. a. O. S. 165; Schefold, der gegenseitige Vertrag im B. G.-B., S. 26; Kisch a. a. O. S. 132; anderer Ansicht sind: Littmann a. a. O. S. 64; Makower a. a. O. S. 1124; Staub, Kommentar zum H.-G.-B., Exkurs zu § 374, Anm. 21; Schöller in Gruchots Beiträgen, Bd. 44, S. 603, Bd. 45, S. 511; Staffel, im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 92, S. 467 ff.; sowie das Reichsgericht, Bd. 50 der Entscheidungen in Zivilsachen, Entsch. 59. Ausführlich behandelt wird diese Frage von Kisch, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen, in Ihldings Jahrbüchern, Bd. 44, 1902.

[2]) Protokolle I, S. 644.

Ablauf der Frist teilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Anwendung.

Hat die Erfüllung des Vertrags infolge des Verzugs für den andern Teil kein Interesse, so stehen ihm die im Abs. 1 bezeichneten Rechte zu, ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf."

Das B. G.-B. unterscheidet also zwischen dem Fall, daß die Erfüllung des Vertrags für den andern Teil noch Interesse hat oder nicht und wiederholt also in einem Fall eine Voraussetzung, die bereits in § 286 Abs. 2 aufgestellt ist; während aber dort dem Gläubiger nur ein Recht eingeräumt ist, steht ihm hier die Wahl zwischen zwei Befugnissen zu. Wenden wir uns zunächst dem ersten Fall zu, wonach nämlich die Erfüllung des Vertrags für den andern Teil noch Interesse hat, so muß natürlich auch hier die Hauptvoraussetzung des Verzugs gegeben sein. Eine Erörterung darüber, wann ein gegenseitiger Vertrag vorliegt, braucht hier wohl nicht ausführlich gegeben zu werden, da sie über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen würde;[1] ein gegenseitiger Vertrag liegt jedenfalls nicht vor bei dem bisher sogenannten contractus bilateralis inaequalis; denn bei diesem ist es nur möglich, daß aus irgend welchem Grund zufällig Gegenforderungen, wenn auch ex eadem causa gegenüberstehen, vergl. § 273 B. G.-B. Zweifelhaft ist die Sache dagegen bei gewissen andern Verträgen, nämlich bei der Gruppe der Gesellschaftsverträge. Bei Prüfung der inneren Natur des Gesellschaftsvertrags, sowie bei Eingehen auf die einzelnen Bestimmungen des B. G.-B. über gegenseitige Verträge und Vergleichung derselben mit dem Gesellschaftsverhältnis gelangt Schefold[2] zu dem Resultat, daß der Gesellschaftsvertrag ein Vertrag eigener Art ist. Es wird aber auch — so von Kisch[3] — die entgegengesetzte Ansicht vertreten, wonach der Gesellschaftsvertrag zu den gegenseitigen Verträgen zu rechnen ist. Man wird wohl sagen können, daß solche Verträge gegenseitig sind, inhaltlich deren „von Anfang an zwei Leistungs-

[1] Schefold a. a. O. § 10 ff.
[2] a. a. O. § 12.
[3] a. a. O. S. 2.

pflichten gegenüberstehen, von denen jede Ziel und Zweck der andern ist und die gegen einander ausgetauscht werden sollen."

Die besondere Voraussetzung für das Rücktrittsrecht in dem von uns zunächst zu behandelnden Fall ist nun die, daß der nichtsäumige Teil dem andern eine angemessene Frist mit der entsprechenden Erklärung bestimmt und daß diese Frist fruchtlos abläuft.

I. Die Fristbestimmung;[1]) sie ist ein im Gesetz an vielen Stellen zur Anwendung gelangender Rechtsbehelf;[2]) sie ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, auf die wie beim Rücktritt die Vorschriften des allgemeinen Teils über Willenserklärung und Geschäftsfähigkeit Anwendung finden; sie ist ein Mittel, das überall, wo das Gesetz sich seiner bedient, und ebenso in unserem Fall den Parteien es ermöglichen soll, in unmittelbarem Verkehr unter einander ihre Rechtsbeziehungen zu ordnen. Die Ausgestaltung dieses Rechtsbehelfs im einzelnen ist jedoch außerordentlich bestritten. Die Meinungen sind nämlich schon darüber geteilt,

1) ob bei § 326 unter allen Umständen die Bestimmung einer Frist erfolgen muß, deren erfolgloser Ablauf zum Rücktritt berechtigt. Nach der Ansicht Romeicks[3]) bedarf es nämlich dann, wenn der Schuldner vor Fälligkeit der Leistung die endgültige Erklärung abgiebt, er werde die Leistung verweigern, und er selbst stillschweigend oder ausdrücklich darauf beharrt, obschon ihm der Gläubiger ebenfalls vor dem Fälligkeitstermin endgiltig erwidert hat, er werde diesfalls Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrag zurücktreten, der Fristbestimmung nicht mehr; ja auch die Inverzugsetzung durch Mahnung sei in diesem Falle überflüssig.[4]) Wegen des engen Zusammenhangs dieser beiden Behauptungen unter einander muß hier auch auf die letztere, die an sich nur als Voraussetzung des Verzugs zu erörtern wäre — und diesen nehmen wir ja bei der Erörterung des § 326 von vornherein als gegeben an — näher eingegangen werden. Romeick findet das entscheidende Prinzip in

---

[1]) S. Romeick, Zur Technik des B. G.-B.: Fristbestimmung, Stuttgart 1901.

[2]) B. G.-B. §§ 264, Abs. 2, 355, 415, 466 u. a. andern Stellen.

[3]) Romeick a. a. O. S. 86 ff.

[4]) S. auch Paech a. a. O. S. 81, Makower a. a. O. S. 1101.

einem Urteil des zweiten Zivilsenats des Reichsgerichts vom 19. Mai 1882 (Entsch. Bd. VII, S. 44), wo es heißt: „Nach der im kaufmännischen Verkehr herrschenden Auffassung, welche hier maßgebend sein muß (Art. 279 H.-G.-B.) und welche auch die Natur der Sache für sich hat, kann einer solchen Erklärung — die Erfüllung zu verweigern — nur die Bedeutung beigelegt werden, daß sie die Inverzugsetzung überflüssig macht, indem der Kontrahent, von welchem sie abgegeben worden, unter Verzicht auf jede weitere Mahnung von seiten des andern Teils sich den gesetzlichen Folgen unterzieht, welche einzutreten haben, wenn er gleichwohl zur Erfüllung verpflichtet sein sollte." Zugegeben nun, daß der dieser Entscheidung zu Grunde liegende Gedanke für kaufmännische Verhältnisse passe — und mehr wollte doch das Reichsgericht nicht sagen — so ist damit doch keineswegs gesagt, daß man im bürgerlichen Rechtsverkehr sich ohne weiteres über den bestimmten Wortlaut des Gesetzes in § 284 Abs. 1 hinwegsetzen dürfe; hienach hat die Mahnung *nach* Eintritt der Fälligkeit zu erfolgen; erst dann ist der Schuldner in Verzug gesetzt, und erst wenn dies der Fall ist, stehen dem Gläubiger die aus dem Verzug sich ergebenden Rechte zu;[1]) ihm diese Rechte zu geben, bevor der Schuldner überhaupt hätte leisten müssen, ist doch nicht angezeigt trotz der negativen Erklärung des Schuldners bezüglich seiner Erfüllungspflicht; hätte der Schuldner diese Erklärung überhaupt nicht abgegeben, so wäre dem Gläubiger ja auch nur der vom Gesetz vorgezeichnete Weg offen gestanden. Daß Mahnung und Herbeiführung der Fälligkeit gleichzeitig erfolgen, ist allerdings sehr wohl möglich; denn unmittelbar folgt aus dem Gesetz nur, daß überhaupt eine Mahnung zu erfolgen hat und daß sie nicht *vor* Eintritt der Fälligkeit geschehen darf.[2])

Aehnliche Erwägungen wie die, welche eine Mahnung unter allen Umständen zur Herbeiführung des Verzugs als notwendig erscheinen lassen,[3]) müssen aber auch bewirken, daß die Geltend-

[1]) Schloßmann, in Iherings Jahrbüchern Bd. 45, S. 118, hält in einem ganz speziellen Fall die Mahnung für nicht erforderlich.

[2]) S. Entscheidungen des Reichgerichts, Bd. 50, Nr. 59, S. 261.

[3]) a. A. ferner Lehmann-Ring, Bd. 2, S. 119.

machung der in § 326 gewährten Rechte durchaus von dem Ablauf der gesetzten Frist abhängt. Auch hier sind es in der Hauptsache Erwägungen und Erinnerungen aus dem Gebiet des Handelsrechts, die für die gegenteilige Ansicht ins Feld geführt werden: verwertet wird vor allem die Thatsache, daß in der Denkschrift zum neuen H.-G.-B. die Rechtsprechung in dieser Frage als naturgemäß und den Bedürfnissen des Verkehrs entsprechend anerkannt und daran die Erwartung geknüpft wird, daß die in der seitherigen Rechtsprechung vertretene Auffassung auch unter der Herrschaft des B. G.-B., welches in der hier fraglichen Beziehung nichts wesentlich anderes vorschreibe, gleichfalls befolgt werden werde.

Thatsächlich schreibt nun aber doch das B. G.-B. in § 326 mit bestimmten Worten vor, daß eine Frist gesetzt werden müsse, während an anderer Stelle ausdrücklich bemerkt wird, daß bei Erfüllungsweigerung des säumigen Teils eine Fristbestimmung nicht erforderlich ist; so in §§ 636 Abs. 1, 634 B. G.-B. und in § 30 des Verlagsgesetzes. Wenn nun überhaupt Ausnahmen vom grundsätzlichen Standpunkt zugelassen werden, so hätte auch in § 326 eine ausdrückliche Regelung getroffen werden müssen, wenn der Gesetzgebung eine andere Auffassung zu eigen gewesen wäre als die, welche im Wortlaut des Gesetzes zum Ausdruck gekommen ist. Es ist durchaus keine unbillige Rücksicht auf den säumigen Kontrahenten, wenn ihm nochmals vor Augen geführt wird, was für Folgen sich für ihn aus seiner Erfüllungsweigerung ergeben.[1]) Aus diesen Gründen ist die Fristbestimmung auch dann als notwendig zu erachten, wenn der Schuldner vor Eintritt der Fälligkeit seine Erfüllungsweigerung erklärt hat.[2])

[1]) S. auch Schloßmann a. a. O. S. 117; Makower a. a. O. S. 1096.

[2]) Auf dem hier vertretenen Standpunkt stehen Schefold a. a. O. S. 41 ff., der sich besonders gegen Romeick wendet; ferner Staub, Exkurs zu § 374, sowie eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Posen vom 10. Juni 1901 (bei Mugdan-Falkmann, die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Bd. 3, S. 9), eine Entscheidung des O.-L.-G. Breslau vom 24. Oktober 1901 (Mugdan-Falkmann IV, S. 14); die entgegengesetzte Auffassung findet sich allerdings in einer Entscheidung des Kammergerichts vom 11. November 1901 (Mugdan-Falkmann IV, S. 16), ferner bei Littmann a. a. O. S. 65; bei Schöller, Bd. 45, S. 516, Anm. 11, und bei Paech a. a. O. S. 163; Makower

Wir glauben, an diesem Resultat festhalten zu müssen, obgleich sich das Reichsgericht in Bd. 51 der Entscheidungen in Civilsachen S. 350 auf einen andern Standpunkt gestellt hat (s. auch Urteil des O.-L.-G. Königsberg vom 10. Januar 1902: Seuffert's Archiv, Bd. 57, S. 391). Das Reichsgericht bezeichnet die für die gegnerische Ansicht geltend gemachten Gründe als formale Gesichtspunkte und versucht, seine eigene Meinung dadurch zu rechtfertigen, daß es sagt, § 326 sei kein zwingendes Gesetz, seine Erfordernisse können durch übereinstimmende Willensbethätigung der Vertragsparteien außer Wirksamkeit gesetzt werden. Daran dürfte nicht zu zweifeln sein und es untersteht keinem Bedenken, den nichtsäumigen Teil von der Setzung einer Frist zu entbinden, wenn der andere Teil schon von vornherein, bevor überhaupt ein Verzug vorlag, für den Fall seines Verzugs vertragsmäßig darin eingewilligt hat; ein Fixgeschäft braucht deshalb noch nicht vorzuliegen. Allein die Erfüllungsweigerung des einen Teils als Verzicht auf die Fristsetzung und die daraufhin folgende Geltendmachung des Schadensersatzanspruches als Annahme eines Verzichts und Erklärung, daß nunmehr die Erfüllung abgelehnt werde, anzusehen, geht wohl nicht an; s. darüber Staub, Deutsche Juristenzeitung 1903, S. 73, wo mit Recht betont wird, daß ein Verzicht auf Rechte ein Entgegenkommen enthält, während doch die ganze Situation in einem solchen Fall dagegen spricht, daß der die Erfüllung weigernde Teil die Rechtslage seines Vertragsgegners auch nur im geringsten verbessern will.[1])

a. a. O. S. 1135; ferner in einer Abhandlung von A. Riedner in der Deutschen Juristenzeitung, VI. Jahrgang 1901, S. 443 ff.; gegen ihn polemisiert Staub in derselben Zeitschrift S. 478; s. noch Lehmann-Ring a. a. O. S. 126, wonach die Fristbestimmung unterbleiben kann.

[1]) Die Begründung des Reichsgerichts wird auch von solchen als „nicht unbedenklich" bezeichnet, die im Resultat auf seinem Standpunkt stehen, siehe Lehmann in der deutschen Juristenzeitung 1903, S. 115. Nach der Rechtsprechung des R.-G. ist Fristsetzung auch dann nicht nötig, wenn die Erfüllungsweigerung vor Eintritt des Verzugs erfolgt (Entsch. Bd. 52, S. 150); doch bleibt es dem vertragsuntreuen Teil offen, durch Erfüllung während der noch laufenden Lieferungszeit den Schadensersatz wegen Nichterfüllung abzuwenden, und es geht für diesen Fall ein vorhergegangener Deckungskauf auf Gefahr des vertragstreuen Käufers, hiegegen Staub, Deutsche Jur.-Ztg. 1903, S. 118 ff.

Eben deshalb kann man auch nicht von der Annahme eines Verzichts reden. Staub sucht dies auch psychologisch zu begründen, insofern der nichtsäumige Teil von seinem Gegner nicht die Wohlthat eines Verzichts werde annehmen, sondern in stolzem Rechtsbewußtsein eben die ihm vom Gesetz gegebene Befugnis werde ausüben wollen. Man könnte aber psychologisch es eben so gut rechtfertigen, daß der nichtsäumige Teil wohl selten derartig feine Erwägungen anstellt, sondern in seiner Entrüstung über den Vertragsbruch des andern Teils diesem lieber noch energischer auf den Leib rückt, als es ihm die Rechtsordnung eigentlich gestattet.

Nach Dernburg ist eine ausdrückliche Fristbestimmung dann nicht nötig, wenn der nichtsäumige Kontrahent erklärt, er werde von einem der ihm durch den Verzug des Gegners gegebenen Rechte Gebrauch machen, dabei aber keine Frist bestimmt, innerhalb welcher der Gegner noch erfüllen könnte, sondern nur eine angemessene Zeit zuwartet.[1] Dernburg beruft sich für seine Ansicht auf das alte Handelsrecht; während das alte H.-G.-B. aber nur vom Gewähren einer Nachfrist sprach, verlangt das B. G.-B. eine ausdrückliche Fristbestimmung. Die Ausführungen in Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 8, 127 können ebenfalls nicht als entscheidend anerkannt werden; denn während es z. B. dort als eine unhaltbare Konsequenz hingestellt wird, daß eine Frist auch dann noch gesetzt werden müsse, wenn der säumige Vertragsgegner seinen Verpflichtungen nachzukommen sich ausdrücklich geweigert habe, glaubten wir vielmehr, diese Konsequenz als dem Sinne des Gesetzes entsprechend verteidigen zu müssen. Wann dann nach Eintritt des Verzugs die Fristbestimmung zu erfolgen hat, ist im Gesetz nicht bestimmt. Doch ist es wohl richtig, daß nach Lage des Falls in dem längeren Schweigen des nicht säumigen Kontrahenten ein Verzicht auf die Geltendmachung aller Ansprüche wegen Verzugs des Schuldners, ein Einverständnis mit dessen Verhalten gefunden werden kann.[2] Auch hier ist übrigens entsprechend dem oben S. 23 bei Anm. 4 Gesagten zu bemerken, daß eine Verbindung der Bestimmung einer Frist zur

[1] S. Dernburg a. a. O. S. 214 und Crome a. a. O. S. 188.

[2] S. Lehmann-Ring a. a. O. S. 125; Reichs-O.-H.-G. Bd. IX, S. 412.

Bewirkung der Leistung und der Erklärung, daß mit Ablauf der Frist die Annahme der Leistung abgelehnt werde, mit der Mahnung rechtlich zulässig ist.[1])

2) Zu erörtern wäre nunmehr die Frage, was unter einer angemessenen Frist zu verstehen ist, d. h. in erster Linie, ob die Frist eine bestimmte sein muß. Planck[2]) sagt hierüber: „nach der Fassung der fraglichen Vorschriften dürfte nichts entgegenstehen, daß der Berechtigte sich, ohne die Dauer der Frist näher zu bestimmen, darauf beschränkt, den andern Teil aufzufordern, die betreffende Handlung binnen angemessener Frist vorzunehmen. Der Begriff der Angemessenheit ist ein genügend bestimmter, um nach ihm die Dauer der Frist abmessen zu können. Muß doch auch, wenn die Frist nach Tagen oder Wochen bemessen ist, immer entschieden werden, ob die so bestimmte Frist eine angemessene ist. Der Berechtigte kann der Aufforderung, die betreffende Handlung binnen angemessener Frist vorzunehmen, die Erklärung hinzufügen, daß er eine Frist von so und so viel Tagen oder Wochen für angemessen halte."

Schollmeyer ist der gleichen Ansicht, wenn er schreibt: „möglich ist endlich, daß der Gläubiger die Dauer der Frist gar nicht normiert, sondern sich damit begnügt, den Schuldner zur Naturalrestitution innerhalb angemessener Frist aufzufordern mit dem Hinzufügen, daß er später die Herstellung ablehne. Auch dies würde schon der Vorschrift des § 250 genügen." Auch Oertmann erklärt: „der Gläubiger kann von vornherein ohne bestimmte Angabe der Dauer einfach „eine angemessene" Frist setzen."[3]) Auf dem entgegengesetzten Standpunkt steht Staub:[4]) er sagt nämlich, wenn

[1]) S. Entsch. des R.-G., Bd. 50, S. 262.

[2]) A. a. O. Bem. zu § 250.

[3]) Ebenso Fischer-Henle zu § 250; ferner Schefold a. a. O. S. 43; Staudinger scheint eine festbestimmte Frist zu verlangen, s. Bem. 4 zu § 250; vergl. ferner Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht S. 194; hier ist die Möglichkeit ebenfalls zugegeben, daß der Berechtigte seinem Gegner nicht eine nach Tagen oder Wochen bestimmte Frist setzt, doch ein solches Verhalten nicht als praktisch und empfehlenswert bezeichnet.

[4]) Staub, Exkurs zu § 374 H.-G.-B., Anm. 77.

man nur eine angemessene Frist bestimme, so sei damit der Buchstabe des Gesetzes allerdings erfüllt, sein Sinn aber nicht getroffen; eine angemessene Frist sei nur dann bestimmt, wenn eine bestimmte Frist angegeben sei, damit der Säumige sehen könne, bis zu welchem Zeitpunkt der Kontrahent auf Erfüllung rechne; die Gesetzesworte seien dahin auszulegen: „es muß eine Frist bestimmt werden und diese muß angemessen sein." Eine ähnliche Auffassung vertritt Romeick.[1]) Er weist aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes nach, daß das Fristbestimmungsrecht dem Gläubiger als Ersatz einer gesetzlichen bezw. richterlichen Fristbestimmung gewährt werde, und folgert daraus, daß deshalb der Gläubiger eine bestimmte Frist setzen müsse. Er sagt weiter: das Gesetz, welches nur abstrakt und hypothetisch spricht, vermag nur die Bestimmung einer angemessenen Schrift vorzuschreiben, wie in § 121: „unverzüglich". Ferner meint er, schon sprachlich bedeute „eine angemessene Frist bestimmen," die Zeitdauer dieser Frist angeben; die Partei könne, wenn der Gegner nur von angemessener Frist orakle, mit dem Begriff der Angemessenheit nichts anfangen, da ihr der Ausgangspunkt der thatsächlichen Interessen des Gegners — der Zeitpunkt, von welchem ab diese die Ablehnung der Leistung erheischen — verborgen bleibe. Dieser Ansicht Romeicks kann wohl nicht beigetreten werden. Denn zugegeben, daß die private Fristbestimmung in die Hände der Parteien das legt, was bisher dem Richter oder dem Gesetz oblag, so ist daraus doch keineswegs der von Romeick gefolgerte Schluß zu ziehen: Die richterliche Fristbestimmung erfolgt, wie Romeick mit Recht bemerkt, auf Grund einer causae cognitio, die sich auf beide Teile erstreckt, und muß deshalb natürlich, da sie das Ergebnis dieser cognitio zieht, bestimmt sein; gerade im Gegensatz hiezu ist bei der privaten Fristbestimmung seitens der Partei eine objektive Beurteilung der beiderseitigen Interessen in der Regel ausgeschlossen, ja vielfach gar nicht beabsichtigt; die Angabe einer bestimmten Frist hätte gar keinen Wert, da der betroffene Teil in der Mehrzahl der Fälle doch anderer Ansicht wäre. Auch

[1]) Romeick a. a. O. S. 35 ff.; ebenso Lehmann-Ring a. a. O. S. 124: „Die allgemeine Erklärung, ich setze eine angemessene Frist, würde freilich nicht genügen."

hätte das Gesetz es wohl ausdrücken können, wenn es gewollt hätte, daß eine bestimmte Frist gesetzt werden müsse. Es ist ferner nicht richtig, daß nach dem Sprachgebrauch sich die Romeick'sche Ansicht rechtfertige; vielmehr ist nicht abzusehen, warum man nicht sagen könne: „ich bestimme dir eine angemessene Frist und überlasse es dir, was du für angemessen hältst." Romeick selbst bemerkt im folgenden, das Erfordernis der Bestimmtheit der Frist sei nur eine Sollvorschrift, deren Nichteinhaltung mit keinerlei Folgen verbunden ist. Den von Staub für seine Ansicht angeführten Grund halten wir mit Schefold für eine durchaus unnötige Rücksicht auf den säumigen Schuldner.

Von entscheidender Bedeutung dürfte schließlich folgender Gesichtspunkt sein: Bestimmt der nichtsäumige Teil eine kalendermäßige Frist, so übernimmt er damit die Gefahr einer Bestimmung dessen, was am Einzelfall sachlich angemessen ist; es liegt nun aber kein Grund vor, weshalb der nicht Säumige, also der vom Gesetz zu begünstigende, gezwungen werden sollte, diese Gefahr gegen seinen Willen zu übernehmen. Wo ihm die kalendermäßige Bestimmung einer Frist thunlich erscheint, wird ihn zwar sein eigenes Interesse zu der für ihn selbst bequemeren Art der Fristbestimmung drängen; im allgemeinen aber genügt es, wenn bei Setzung einer Frist gesagt wird, es werde eine angemessene Frist bestimmt.[1])

Der nichtsäumige Teil kann sich der Gefahr der eigenen Bestimmung der Frist auch dadurch entziehen, daß er von der Möglichkeit des § 255 Z.-P.-O. Gebrauch macht. Hier lautet Absatz 1:

> „Hat der Kläger für den Fall, daß der Beklagte nicht vor dem Ablauf einer ihm zu bestimmenden Frist den erhobenen Anspruch befriedigt, das Recht Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder die Aufhebung des Vertrags herbeizuführen, so kann er verlangen, daß die Frist im Urteil bestimmt wird."

Daß in § 326 B. G.-B. ein Fall gegeben ist, auf den sich § 255 Z.-P.-O. bezieht, kann keinem Zweifel unterliegen: ebenso verhält es sich mit dem noch später zu erwähnenden § 283 B. G.-B.

[1]) Ebenso Paech a. a. O. S. 156, Makower a. a. O. S. 1137.

Nach Gaupp-Stein (Kommentar zur C.-P.-O., 4. Aufl. 1901) enthält § 255 einen besonderen Fall der Verbindung von Ansprüchen, insofern neben dem einheitlichen Leistungsanspruch ein Antrag von deren formaler Bedeutung gestellt wird. Durch die richterliche Bestimmung der Frist soll jedem künftigen Streit über ihre Angemessenheit vorgebeugt werden. Damit dieser Zweck erreicht wird, muß die richterliche Fristsetzung natürlich stets eine kalendermäßig bestimmte sein. Die Bestimmung der Frist liegt zwar zunächst im Ermessen des Richters; doch ist es klar, daß er dabei nicht unter die vom Kläger bestimmte Frist heruntergehen darf.

Ueber weitere Einzelheiten s. Gaupp-Stein zu § 255 C.-P.-O.

Wir kommen nun zu der Frage, wie es zu halten ist, wenn eine bestimmte Frist gesetzt ist, diese aber nicht angemessen ist. Nur geringe Beachtung ist dabei natürlich dem Fall zu schenken, daß der Berechtigte eine zu lange Frist setzt. Damit räumt er eben dem säumigen Teil das Recht ein, auch noch nach längerer Zeit, wenn nur innerhalb der gesetzten Frist, die Sachleistung nachzuholen; der nicht säumige Teil aber ist verpflichtet, bis zum Schluß der gesetzten Frist die Leistung noch anzunehmen. Schwierigkeiten zu bereiten, ist dagegen der Fall geeignet, daß die gesetzte Frist zu kurz ist; hat eine derartige Fristsetzung überhaupt eine Wirkung? und — wenn dies bejaht würde — was für eine? Nach den Lehrbüchern von Cosack[1]) und Dernburg[2]) wird, falls der Berechtigte eine bestimmte, aber zu kurze Frist setzt, eine angemessene Frist in Lauf gesetzt. Ob die bestimmte Frist kurz war oder ob der Schuldner nach Ablauf dieser Frist innerhalb angemessener Frist geleistet hat, hat eventuell nachträglich das Gericht zu bestimmen. Die gleiche Ansicht vertritt Staudinger:[3]) „Hat der Gläubiger die Frist zu kurz bemessen, so erlischt zwar mit ihrem Ablauf für den Gläubiger der Anspruch auf Herstellung, auf Seite des Schuldners aber muß in diesem Fall die Herstellung, welche derselbe von der Fristbestimmung an ohne schuldhaftes Zögern bewirkt hat, trotz des Ablaufs der Frist noch als rechtzeitig erfolgt angesehen werden."

[1]) Cosack a. a. O. I. § 105 II. 2 a.

[2]) Dernburg a. a. O. II. § 33, 4.

[3]) Staudinger a. a. O. Bem. 4 zu § 250.

Planck und Schollmeyer stehen auf anderem Standpunkt: eine zu kurze Frist mache die ganze Erklärung unwirksam;[1]) die Voraussetzung der Rechte in § 326 Abs. 1 sei, daß eine angemessene Frist bestimmt werde; werde keine angemessene Frist bestimmt, so sei diese Voraussetzung nicht eingetreten und die ganze Erklärung unwirksam. Ebenso Oertmann a. a. O. zu § 250. Planck fügt allerdings noch bei: „unter Umständen kann vielleicht die Bestimmung der Frist, auch wenn nicht ausdrücklich hinzugefügt ist, daß die betreffende Handlung eventuell, d. h. wenn die Frist zu kurz bemessen sein sollte, innerhalb angemessener Frist erfolgen solle, in diesem Sinn auszulegen sein; dazu wird es aber immer besonderer Anhaltspunkte bedürfen. Liegen solche nicht vor, so ist bei dem Wortlaut des § stehen zu bleiben."

Eine weitere Auffassung ist die von Staub: „Schweigt der Säumige, so giebt er damit zu erkennen, daß er an der gesetzten Frist nichts auszusetzen habe."

Richtig wird jedoch nur die Auffassung sein, daß das Setzen einer zu kurzen Frist eine angemessene Frist in Gang setzt.[2]) Das Gesetz knüpft ja an die Fristbestimmung die Präklusivfolge, daß der Schuldner keine Sachleistung mehr liefern darf. Der Gläubiger hat aber mit dem Fristsetzen deutlich zu erkennen gegeben, daß er diese Folge herbeiführen will; leistet nun der Schuldner innerhalb der objektiv angemessenen Zeit nicht, so treten jene Folgen ein; leistet er innerhalb der vom Gläubiger gesetzten Frist deshalb nicht, weil sie zu kurz — nicht angemessen — war, so kann dem Gläubiger jetzt doch nicht das Recht eingeräumt werden, die Thatsache, daß er das Fristbestimmungsverfahren eingeleitet hat, einfach zu ignorieren und wieder auf sein Recht, Sachleistung zu verlangen, zurückzukommen. Wenn vielmehr der Schuldner in diesem zweiten Fall innerhalb der objektiv angemessenen Zeit leistet, so leistet er recht-

[1]) Ebenso Littmann a. a. O. S. 63, Emerich a. a. O. S. 72, Makower a. a. O. S. 1137.

[2]) Ebenso Wendt a. a. O. S. 193; hienach kann allerdings die ganze Frage erst aufgeworfen werden, wenn eine Frist gesetzt und dieser Fristbestimmung dann widersprochen wurde; ferner Paech a. a. O. S. 157.

zeitig[1]) und der nicht säumige Teil ist verpflichtet, die Leistung anzunehmen. Wenn wir nun aber auch sagen, daß eine zu kurz bemessene Frist eine angemessene in Lauf setze, so kann man doch wohl nicht mit Cosack[2]) so weit gehen, es für genügend zu erachten, wenn der Berechtigte ausdrücklich erkläre, er werde keine Frist setzen. Es wäre eine sehr unbillige Zumutung an den Schuldner, wenn er unter solchen Umständen noch zur Sachleistung verpflichtet sein sollte; auch läßt sich diese Ansicht in keiner Weise durch den Wortlaut des Gesetzes rechtfertigen.

II. Der zweite Teil der Erklärung, die der nichtsäumige Teil dem Vertragsgegner zugehen lassen muß, ist die Androhung der Ablehnung der Leistungsannahme; diese Androhung ist ebenso nötig wie die Fristsetzung. Der enge Zusammenhang der beiden Teile der Erklärung wird namentlich von Staub betont, wenn er sagt, das eine sei nur eine Modalität des andern, es liege eine Fristbestimmung mit dem Präjudiz der Ablehnung der Leistungsannahme oder umgekehrt eine mit Fristbestimmung versehene Androhung der Ablehnung der Leistungsannahme vor. Daß die Erklärung beide Bestandteile enthalten muß, wird natürlich von niemand bestritten; aber immerhin will Paech[3]) der Ablehnungsandrohung eine höhere Bewertung beilegen als der Fristsetzung, allein ohne daß hiefür zwingende Gründe beigebracht wurden.

Es ist ferner nicht nötig, daß der vertragstreue Kontrahent sich jetzt schon darüber ausspricht, für welches der beiden ihm zur Wahl gestellten Rechte er sich entscheiden werde. Wie weit ihn die getroffene Wahl bindet, wird später zu erörtern sein.

§ 6.

Durchführung des Rücktrittsrechts und seine Gestaltung in einzelnen Fällen.

Nehmen wir nun an, der Schuldner habe die ihm gesetzte angemessene Frist verstreichen lassen, ohne zu erfüllen, so kann der Gläubiger vom Vertrag zurücktreten.

[1]) S. Cosack S. 346 und seine Widerlegung bei Planck und Schollmeyer.
[2]) Cosack a. a. O. S. 366.
[3]) Paech a. a. O. S. 155.

I. Da ihm jedoch das Rücktrittsrecht neben dem Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zur Wahl steht, so ist in erster Linie darüber zu reden, in welchem Moment er eine endgiltige ihn bindende Wahl getroffen hat. Um die Anwendung der für alternative Schuldverhältnisse geltenden Regeln kann es sich hier wohl nicht handeln; ein alternatives Schuldverhältnis liegt ja gar nicht vor; denn es stehen nicht verschiedene Leistungen in Frage in der Weise, daß die eine oder die andere geschuldet würde: vielmehr handelt es sich um eine facultas alternativa des Gläubigers. Der Ungewißheit, in der sich der Säumige eine Zeit lang vielleicht befindet, kann er nun jedenfalls in Ansehung des Rücktrittsrechts dadurch ein Ende machen, daß er sich der Fristsetzung des § 355 mit dem schon oben erwähnten Erfolg bedient. Ferner wird auch für die Ausübung dieses Wahlrechts das oben S. 27 bei Anm. 2 bei der Fristsetzung Bemerkte Anwendung zu finden haben, wonach in dem Schweigen des nicht säumigen Kontrahenten unter Umständen ein Einverständnis mit der mora des Schuldners gefunden werden kann.[1]) Erklärt der Gläubiger innerhalb der ihm gesetzten Frist, er werde zurücktreten, so ist die Lage klar; denn diese Erklärung muß als unwiderruflich angesehen werden; es ist dies eine aus dem Wesen des Rücktritts sich ergebende Folgerung, die in Entwurf I und II für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht noch ausdrücklich ausgesprochen, später aber gestrichen wurde; Widerruf des Rücktritts ist natürlich dann möglich, wenn die Erklärung aus allgemeinen Gründen – wegen Betrugs, Zwangs, Irrtums – unwirksam ist. Der Gläubiger kann jetzt unter keinen Umständen mehr Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen; denn der Vertrag, die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien sind vollständig aufgelöst.

Weniger einfach ist die Entscheidung der Frage, ob dem Gläubiger das sogen. ius variandi zusteht, wenn er sich für Schadensersatz wegen Nichterfüllung entschieden hat. Planck sagt: „überwiegende Gründe dürften für die Anwendung der entsprechenden Vorschrift des § 263 Abs. 1 also dafür sprechen, daß die Wahl zwischen dem Rücktritt und den andern Rechten durch die

[1]) S. Dernburg § 38, II; Entsch. des R.-G. Bd. 32, S. 64.

Erklärung des Berechtigten gegenüber demjenigen, dessen Leistung unmöglich geworden ist — d. h. in unserem Fall gegenüber dem Säumigen — als unwiderruflich vollzogen anzusehen. Das Interesse des letzteren und die Rücksicht auf Treu und Glauben erfordern hier wie im Fall des § 263 die Unwiderruflichkeit der Erklärung." [1])

Anderer Meinung ist Windscheid-Kipp: „das Interesse des säumigen Gegners verlangt nur dann Berücksichtigung, wenn er den verlangten Schadensersatz sofort leistet. Es ist daher zu sagen, daß das Verlangen des Schadensersatzes gegen Gegenleistung nur dann den Rücktritt abschneidet, wenn der Schuldner den Schadensersatz sofort anbietet; unterbleibt dies, so kann der Gläubiger gerade wegen der Verzögerung ein Interesse haben, nunmehr lieber zurückzutreten." Ebenso kommentiert Schollmeyer: „erklärt der Gläubiger, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen zu wollen, so kann er sich ebenfalls noch nachträglich für den Rücktritt vom Vertrag entscheiden, soweit dies ohne Verstoß gegen Treu und Glauben angeht." Wenn man bedenkt, daß auch Planck zugeben muß, daß die Vorschrift des § 263 nicht unmittelbar anzuwenden ist, wenn man weiter erwägt, daß hier, wo es sich um die Regelung eines vom Schuldner verschuldeten Zustands handelt, doch in erster Linie auf die Interessen des Gläubigers gesehen werden muß, so ist es wohl angemessen, dem Gläubiger ein ius variandi zuzugestehen; dafür sprechen weiter die von Schollmeyer ausgeführten Gründe; denn es kann unter Umständen dem Gläubiger recht schwer werden, seine Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung einzutreiben, und es wäre dann eine Unbilligkeit, von ihm verlangen zu wollen, er solle seine Gegenleistung auf unbestimmte Zeit hin bereit halten; [2]) zum mindesten können dem Gläubiger Beweisschwierigkeiten entstehen, die ihm erspart bleiben, wenn er sofort wieder auf sein Rücktrittsrecht zurückgreifen kann. Nur in dem Falle ist das nachträgliche Zurückkommen auf das Rücktrittsrecht ausgeschlossen, wenn der Gläubiger Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung erhoben hat und der Schuldner rechtskräftig verurteilt worden ist; ein solches

[1]) Ebenso Paech a. a. O. S. 165, Makower a. a. O. S. 1147; Lehmann-Ring a. a. O. S. 128; ferner Staub, Romeick a. a. O. S. 107.

[2]) S. Anm. 1 S. 21.

Urteil darf der obsiegende Kläger nicht ohne weiteres bei Seite setzen.

II. Gehen wir nunmehr zur Besprechung einzelner Besonderheiten über, so ist

1. der in Abs. 2 des § 326 vorgesehene Fall zu erörtern, daß die Erfüllung des Vertrags infolge des Verzugs für den andern Teil kein Interesse hat. Für diesen Fall stehen dem Gläubiger die in Abs. 1 bezeichneten Rechte, also auch das Rücktrittsrecht, zu, ohne daß es der Setzung einer Nachfrist bedarf.[1]) Daß die Erfüllung infolge des Verzugs für ihn kein Interesse habe, hat der nichtsäumige Teil zu beweisen. Die hier berücksichtigte Möglichkeit ist wohl zu unterscheiden von dem Fixgeschäft, von dem noch später die Rede sein wird. Die Bestimmung des § 326 Abs. 2 entspricht dem § 286 Abs. 2; die Voraussetzungen sind in beiden Fällen die gleichen — abgesehen davon, daß es sich das einemal um einen gegenseitigen Vertrag handelt —. Dernburg[2]) findet einen Unterschied darin, daß in § 286 Abs. 2 die „Leistung" infolge des Verzugs für den Gläubiger kein Interesse hat, d. h. die dem Schuldner obliegende Verpflichtung, während es in § 326 darauf ankomme, ob die Ausführung des Geschäfts in seiner „Ganzheit", also auch soweit der Gläubiger selbst zu leisten hat, ihm noch Vorteil bietet oder nicht. Ob diese Schlußfolgerung gerechtfertigt ist aus der Verschiedenheit des Ausdrucks „Leistung" und „Erfüllung", ist zum mindesten sehr fraglich. Es wird anzunehmen sein, daß mangelndes Interesse an der Erfüllung sowohl dann vorliegt, wenn am Leistungsaustausch kein Interesse besteht, als auch dann, wenn die Leistung des Schuldners oder die Bewirkung der eigenen Leistung kein Interesse mehr hat.[3])

Zu erörtern ist hier auch die Frage, ob im Fall des § 326 Abs. 2 B. G.-B. der Säumige die Folgen seines Verzugs so lange abwenden kann, als ihm nicht der andere Teil seinen Rücktritt

[1]) Schloßmann a. a. O. S. 117 erwähnt einen weiteren Fall, wo die Fristsetzung wegfällt. Dort handelt es sich aber, wie er selbst ausführt, nicht um einen Leistungsverzug.

[2]) Dernburg a. a. O. S. 213.

[3]) S. Littmann a. a. O. S. 65, Schöller Bd. 44, S. 621.

erklärt, ob also purgatio morae[1]) für ihn möglich ist. Eine ähnliche Frage hatte sich schon nach dem Recht des alten H.-G.-B. (Art. 354 bis 356) erhoben; hier mußte ja, wer wegen Verzugs des andern Teils Schadenersatz wegen Nichterfüllung oder den Rücktritt wählen wollte, dies anzeigen und dabei, wenn die Natur des Geschäfts es zuließ, noch eine angemessene Nachfrist gewähren. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts (Entsch. 4 S. 54) war nun aber dem säumigen Teil das Recht der purgatio morae bis zur thatsächlichen Ausübung des Wahlrechts durch den Gegner auch dann zu gewähren, wenn die Umstände die Gewährung einer Nachfrist nicht zuließen, und es handelt sich nun darum, ob die Vorschrift des § 326 Abs. 2 in gleichem Sinn auszulegen ist.

Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß der Anspruch des Gläubigers auf Erfüllung ihm jedenfalls bis zur Ausübung seines Wahlrechts erhalten bleibt, denn es fehlt an Abs. 2 eine der in Abs. 1 enthaltenen Bestimmung entsprechende Vorschrift, wonach der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen wäre.[2]) Daraus aber zu folgern, daß dem Recht des einen Teils, auf Erfüllung zu bestehen, das Recht des andern Teils den Vertrag nachträglich — wenigstens bis zur Ausübung des Wahlrechts — zu erfüllen, entsprechen müsse, ist wohl nicht angängig. Crome[3]) sagt zwar, die Erfüllung könne auf Grund des Verzugs und der erfolgten Ablehnung nicht mehr geschehen, woraus der Schluß zu ziehen wäre, daß erst nach Abgabe einer ausdrücklichen Ablehnungserklärung purgatio morae ausgeschlossen wäre. Aber § 326 erwähnt die einfache Erklärung, die Annahme ablehnen zu wollen, überhaupt nicht, sondern spricht nur von der Androhung der Ablehnung, und diese wäre im Fall des Abs. 2 in der That sinnlos.[4]) Und zudem besteht zwischen der Fristsetzung und der Androhung einer Ablehnung ein so untrennbarer Zusammenhang, daß, wenn das eine wegfällt, wie hier die Fristsetzung, auch das andere ausscheidet. Dieser Gedankengang, der

[1]) Im allgemeinen s. hierüber Paech a. a. O. S 179 ff.

[2]) S. Littmann a. a. O. S. 66.

[3]) S. Crome a a. O. S. 190.

[4]) Makower S. 1139 hält die einfache Ablehnungserklärung auch im Fall des § 326 Abs. 2 für notwendig, allerdings ohne nähere Begründung.

in einem Urteil des O.-L.-G. Marienwerder vom 23. September 1902 entwickelt wird, führt demnach zum Ausschluß der purgatio morae und wird jedenfalls noch durch weitere Erwägungen gestützt: wollte man dem Säumigen die purgatio morae bis zur ausdrücklichen Ablehnung der Leistung gewähren, so müßte der nichtsäumige Teil, obwohl die Erfüllung des Vertrags infolge des Verzugs für ihn kein Interesse mehr hat, die Erfüllung annehmen, wenn die Leistung erfolgt, bevor er überhaupt Gelegenheit hatte, dem säumigen Teil die Rücktrittserklärung zugehen zu lassen. Daß der Ausschluß der purgatio morae zu Unbilligkeiten führen kann, ist zuzugeben, insofern der säumige Teil über die Folgen seines Verzugs im Ungewissen bleiben kann.

2. Das Gesetz hebt noch einen weiteren Fall in Satz 3 des Abs. 1 hervor. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung ist anzunehmen, daß das Gesetz zunächst die Konstellation im Auge hat, daß der Schuldner mit seiner ganzen Vertragsleistung im Verzug ist, der Gläubiger die Nachfrist also für die ganze Schuld setzt, dann freiwillig während der Frist eine Teilleistung annimmt und bei Fristablauf noch nicht das Ganze erhalten hat. In diesem Fall soll nunmehr unterschieden werden wie in § 325 Abs. 1 Satz 2, d. h. wenn die teilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat, was er natürlich zu beweisen hätte, so darf der Gläubiger vom ganzen Vertrag zurücktreten, bezw. Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 verlangen; hat aber die teilweise Erfüllung für den Gläubiger Interesse, so darf er die ihm zustehenden Rechte, also auch das Rücktrittsrecht nur soweit ausüben, als der Vertrag noch nicht erfüllt ist.

3. Wir fassen nunmehr noch den Fall ins Auge, daß der Schuldner einen Teil geleistet hat und mit dem Rest in Verzug gerät; hier kann es nun sein, daß dem Gläubiger von vornherein der Beweis gelingt, daß die Erfüllung des Vertrags infolge des Verzugs auch nur mit einem Teil der dem Schuldner obliegenden Leistung für ihn kein Interesse habe; dann stehen ihm Rücktrittsrecht und Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Beziehung auf den ganzen Vertragsinhalt zu, ohne daß es der Setzung

einer Nachfrist bedarf. Es kann aber auch sein, daß dem Gläubiger dieser Nachweis nicht gelingt; dann wird er zur Bewirkung des noch ausstehenden Teils der Leistung dem Schuldner eine Frist setzen; wird innerhalb derselben der Rest der Leistung überhaupt nicht oder wieder nur zu einem Teil erfüllt, so ist die Lage genau wie bei dem unter 2. erörterten Fall; es wird daher die dort getroffene Regelung auch hier anzuwenden sein; diese Auffassung findet sich fast allgemein in der Litteratur und ist auch in der Rechtsprechung vertreten: s. Entscheidung des O.-L.-G. Kiel vom 11. Juni 1901 (bei Mugdan-Falkmann, Bd. 3, S. 204).[1])

4. In verschiedenen Fällen ist das in § 326 gewährte Rücktrittsrecht ausgeschlossen; hierher gehört vor allem der Fall, daß der Verkäufer den Vertrag erfüllt und den Kaufpreis gestundet hat (§ 454 B. G.-B.); der Verkäufer kann dann nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Hat umgekehrt der Käufer erfüllt und die Lieferung der Ware dem Verkäufer gestundet, so gilt die Beschränkung auf eines von beiden Rechten nicht. Diese durch § 454 geschaffene Ausnahme wird in der Denkschrift zum B. G.-B. durch die Ausführung begründet, daß durch die Stundung des Kaufpreises der an sich im Wesen des gegenseitigen Vertrags begründete Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung beseitigt werde; damit falle der innere Grund des Rücktrittsrechts weg. Ferner betont die Denkschrift, daß der Rücktritt vom Vertrag zu einer unbilligen Härte gegen den Käufer namentlich dann führen würde, wenn dieser inzwischen über den Kaufgegenstand verfügt oder Aenderungen mit demselben vorgenommen hätte.[2])

Wir haben oben S. 16, Anm. 2, den mit der Ueberlassung eines Grundstücks in Verbindung stehenden Leibgedingsvertrag und das daraus entspringende Schuldverhältnis erwähnt. Auch hier ist partikularrechtlich das Rücktrittsrecht des § 326 vielfach ausgeschlossen: so heißt es in Art. 9 Ziff 1 des badischen Ausführungsgesetzes zum

[1]) Romeick verlangt, daß auch im Fall des § 326 Satz 3 noch einmal das Fristsetzungsverfahren nach Satz 1 vorgenommen wird; gegen ihn Schefold a. a. O. S. 46 ff.

[2]) S. auch Paech a. a. O. S. 170, wo die Ausführungen der Denkschrift als nicht durchschlagend bezeichnet werden.

B. G.-B.: „Der Berechtigte kann von dem Vertrag nur zurücktreten, wenn der Verpflichtete nach rechtskräftiger Verurteilung zu ihm obliegenden Leistungen abermals mit solchen in Verzug kommt oder wenn nach den vorliegenden Umständen keine Gewähr für die gehörige Erfüllung der Leistungspflicht besteht."

Eine entsprechende Bestimmung findet sich in Art. 53 Ziff. 1 des hessischen Ausführungsgesetzes; ohne jede Einschränkung wird das Rücktrittsrecht ausgeschlossen in Art. 42 des bayrischen, Art. 15 § 7 des preußischen und § 37 des lübeckischen Ausführungsgesetzes zum B. G.-B.

5. Durch verschiedene Besonderheiten zeichnet sich das in § 636 gewährte einseitige Rücktrittsrecht beim Werkvertrag aus,[1]) das dem Besteller für den Fall gewährt ist, daß der Unternehmer das Werk ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig liefert: hiebei wird unterschieden, ob der Unternehmer sich im Verzug befindet oder nicht; im letzteren Fall, wo also kein Verschulden des Unternehmers vorliegt, treten für die Herausgabepflicht, die sich aus dem Rücktritt ergiebt, die Vorschriften über Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung in Kraft. Im Fall der unverschuldeten Verzögerung des Unternehmers hat ferner der Besteller nur das Rücktrittsrecht, kein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung;[2]) unter eben dieser Voraussetzung kann der Besteller sein Rücktrittsrecht in Beziehung auf den ganzen Vertrag ausüben, wenn auch der Unternehmer das Werk nur zum Teil nicht rechtzeitig hergestellt hat, während beim teilweisen Verzug Rücktritt vom ganzen Vertrag nur unter der Voraussetzung des mangelnden Interesses statthaft ist. Voraussetzung für Geltendmachung des Rücktrittsrechts ist in der Regel auch hier Setzung einer angemessenen Frist und deren fruchtloser Ablauf, wodurch dann auch der Anspruch auf Erfüllung präkludiert wird. Die Fristsetzung darf allerdings nach dem zur entsprechenden Anwendung gelangenden § 634 dann unterbleiben: „wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist oder von dem Unternehmer verweigert wird oder wenn die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Wandelung

[1]) S. Littmann a. a. O. S. 125 ff.
[2]) S. auch Schöller Bd. 46, S. 32.

oder auf Minderung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird."

Einige der für § 636 erwähnten Besonderheiten finden sich auch bei § 30 des Verlagsgesetzes, insofern für das Rücktrittsrecht auch hier auf die Voraussetzung des Verzugs verzichtet ist, und auch teilweise Verzögerung zum Rücktritt vom ganzen Vertrag berechtigt; ferner ist auch hier bei unverschuldeter Verzögerung kein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewährt. Ausdrücklich hervorgehoben wird, daß das Rücktrittsrecht auch dann ausgeschlossen ist, wenn die nicht rechtzeitige Ablieferung des Werks für den Verleger nur einen unerheblichen Nachteil mit sich bringt. Von der Folge der Erfüllungsweigerung des Unternehmers auf die Fristsetzung ist schon oben gesprochen worden.

III. Wird die Befugnis zum Rücktritt bestritten und kommt es in der Folge zu einem Rechtsstreit, so erledigt sich die Beweislast in der Weise, daß der nicht säumige Teil zu beweisen hat, daß der Vertragsgegner im Verzug ist, daß er ihm eine angemessene Frist gesetzt hat und diese abgelaufen ist; der Beklagte hat zu beweisen, daß er innerhalb der Frist die Leistungen geboten habe.

IV. Auf das Rücktrittsrecht finden auch hier nach § 327 die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346–356 Anwendung. Der Rücktritt vollzieht sich also durch Erklärung gegenüber dem andern Teil; s. darüber, sowie über andere Einzelheiten oben S. 10 ff. Erwähnt mag hier werden, daß die Rücktrittserklärung in einem Rechtsstreit auch in der Weise abgegeben werden kann, daß der Gläubiger, falls der säumige Schuldner eine Klage auf die Gegenleistung anstellt, die Rücktrittserklärung als Einwendung[1]) entgegenhält. Die Einschränkungen in der entsprechenden Anwendung der §§ 346—356, die oben für das Ablehnungsrecht zu machen waren, fallen hier bei den gegenseitigen Verträgen grundsätzlich weg. War natürlich bei der Erklärung des Rücktritts noch von keiner Seite auch nicht einmal ein Teil geleistet

[1]) Der Rücktritt als solcher ist natürlich keine zivilrechtliche Einrede; eine solche würde ja das Rechtsverhältnis nicht zum Erlöschen bringen; deshalb ist die Rechtslage hier eine ganz andere als nach Entwurf I § 427, wo der Rücktritt allerdings eine solche Einrede begründete.

worden, so kann von einer gegenseitigen aus dem Rücktritt sich ergebenden und Zug um Zug zu erfüllenden Rückgabeverbindlichkeit hier ebenfalls keine Rede sein.

Satz 2 von § 327 lautet: „Erfolgt der Rücktritt wegen eines Umstands, den der andere Teil nicht zu vertreten hat, so haftet dieser nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung."

Beim Verzug erfolgt nun aber der Rücktritt immer wegen eines Umstands, den der andere Teil zu vertreten hat; also findet dieser Satz auf das Rücktrittsrecht aus § 326 keine Anwendung; vielmehr vollzieht sich der Rücktritt hier immer nach den scharfen Vorschriften der §§ 346, 347.

Drittes Kapitel.

Das Rücktrittsrecht bei den Fixgeschäften.

§ 7.

Das Rücktrittsrecht beim Fixgeschäft des B. G.-B.

I. Das gemeine Recht hatte auf der Grundlage des römischen Rechts keine besonderen Regeln für das sogenannte Fixgeschäft entwickelt. Dagegen hatte das alte H.-G.-B. Bestimmungen getroffen, nach denen unter anderem der nichtsäumige Teil die ihm durch Art. 354 und 355 gegebenen Rechte nach seiner Wahl ausüben durfte, ohne daß er eine Nachfrist zu gewähren brauchte (Art. 357). Für eine besondere Art von Fixgeschäften fand sich eine weitere Bestimmung in § 16 der Konkursordnung. Entwurf I des B. G.-B. hatte bestimmt, daß, wenn sich aus dem Vertrag ergebe, daß die Vertragsleistung genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, der andere Teil, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder nicht binnen der bestimmten Frist erfolge, berechtigt sei, von dem Vertrag zurückzutreten oder seine Rechte aus dem Vertrag geltend zu machen. Entsprechende, teilweise vervollständigte Vorschriften enthielten die §§ 278, 279 des zweiten Entwurfs und die §§ 321, 322 des von der zweiten Kommission dem Bundesrat überreichten Entwurfs. Auf Antrag des Justizausschusses wurden diese Vorschriften vom Bundesrat gestrichen und in den dritten Entwurf § 351 aufgenommen; diesem entspricht § 361 des B. G.-B.:

„Ist bei einem gegenseitigen Vertrag vereinbart, daß die Leistung des einen Teils genau zu einer festbestimmten

Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der andere Teil zum Rücktritt berechtigt sein soll, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder innerhalb der bestimmten Frist erfolgt."

II. Das B. G.-B. kennt also ein Rücktrittsrecht bei Fixgeschäften nur bei gegenseitigen Verträgen. Bei einem einseitigen Vertrag kann zwar die Einhaltung eines Termins ebenfalls wesentlich sein; doch schien es nicht angemessen, für diese Fälle, wo meistens nur ein gelinder Druck auf pünktliche Erfüllung ausgeübt werden soll, ein- für allemal eine gesetzliche Vermutung auszusprechen. Voraussetzung des Rücktrittsrechts ist hier nicht wie bei § 326 Vorliegen des Verzugs auf seiten des Gegenkontrahenten; Voraussetzung ist ferner nicht, daß eine Nachfrist mit bestimmter Androhung - - die Annahme der Leistung ablehnen zu wollen — gesetzt wurde. Es ist klar, daß infolgedessen umsomehr im einzelnen Fall darauf geachtet werden muß, ob überhaupt ein Fixgeschäft vorliegt. Nach den Worten des Gesetzes und nach der allgemeinen Anschauung ist dies dann der Fall, wenn nach der Intention der Parteien die Erfüllungszeit bezw. die Erfüllungsfrist eine wesentliche Eigenschaft der Leistung bilden soll, derart, daß mit dieser Zeit der Vertrag stehen und fallen, eine spätere Leistung nicht mehr als Vertragsleistung angesehen werden, nach Ablauf der Zeit oder Frist auf Annahme späterer Leistung nicht mehr gerechnet werden soll; dies muß sich als wesentlicher Vertragsinhalt ergeben; die Thatsache, daß eine bestimmte Zeit oder Frist für die Erfüllung ausgemacht würde, genügt an sich noch nicht. Deshalb genügt auch der Umstand, daß dem Schuldner bekannt ist, der Gläubiger benötige die Leistung zu einem bestimmten Zweck und Zeitpunkt, noch nicht ohne weiteres. Bildet die Leistungszeit einen so wesentlichen Bestandteil der Leistung, daß mit Ablauf der Leistungszeit die Leistung geradezu unmöglich geworden ist, so greifen die Grundsätze über Unmöglichkeit der Leistung Platz.

Daß ein Fixgeschäft vorliegt, muß sich aus dem Vertragsinhalt ergeben und hat im Streitfall natürlich derjenige zu beweisen, der das Rücktrittsrecht geltend macht. Das Gesetz bestimmt jedoch nicht: der nichtsäumige Teil *hat* bei nicht rechtzeitiger Er-

füllung seitens des andern Teils das Recht vom Vertrag zurückzutreten, sondern dies ist nur im Zweifel anzunehmen. Es ist also nur eine Auslegungsregel aufgestellt, die sofort nicht zur Anwendung kommt, wenn die Parteien über die Folgen der Nichteinhaltung der Zeitbestimmung etwas anderes ausgemacht haben.[1]) Diese letztere Eventualität wäre von dem nicht leistenden Teil zu beweisen. Gelingt dieser Nachweis und soll also die in § 361 aufgestellte Vermutung im einzelnen Fall nicht zutreffen oder verzichtet der Gläubiger auf die ihm durch § 361 gegebene Befugnis, so kann er, falls Verzug des Schuldners vorliegt, eine Nachfrist nach § 326 setzen und auf diesem Weg dennoch zu einem Rücktrittsrecht gelangen, das allerdings neben dem Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zur Wahl steht und für das er sich nach den oben für diese Wahl aufgestellten Grundsätzen zu entscheiden hat. Das gleiche Wahlrecht und daher auch die Rücktrittsmöglichkeit hat der Gläubiger nach § 325, wenn die Nichteinhaltung der festbestimmten Leistungszeit auf der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung beruht.

Die Geltendmachung des Rücktrittsrechts, die ja vollständig in das Belieben des nicht säumigen Teils gestellt ist, erfolgt in der oben geschilderten Weise. Der nicht leistende Kontrahent kann auch hier gemäß § 355 eine Erklärung des Berechtigten über den Rücktritt herbeiführen; auch hier ist die Erklärung des Rücktritts an sich erst nach Eintritt der bestimmten Zeit bezw. nach Ablauf der bestimmten Frist möglich. In der Litteratur[2]) findet sich die Bemerkung, daß die Rücktrittserklärung hier jedoch unter Umständen auch früher schon zugelassen werden könne, nämlich dann, wenn sich bestimmt ergebe, daß der andere Teil nicht zeitig leisten werde, vor allem, wenn feststehe, daß Einhaltung der Erfüllungszeit unmöglich geworden sei. Unbedenklich wird man dieser Ansicht für den zuletzt erwähnten besonderen Fall beitreten dürfen. Sollte dagegen auch hier der Schuldner bloß erklärt haben, er werde nicht recht-

[1]) Es handelt sich somit hier nicht um ein gesetzliches Rücktrittsrecht, ebenso Littmann a. a. O. S. 69, Emerich S. 56.

[2]) S. Oertmann a. a. O. zu § 361; ebenso Schollmeyer zu § 361, ferner Schefold a. a. O. S. 53.

zeitig leisten, so glauben wir, daß an den oben S. 25 ausgeführten Grundsätzen festzuhalten ist.

Auch beim Fixgeschäft, insbesondere in dem Fall, daß binnen einer genau bestimmten Frist geliefert werden sollte, ist denkbar, daß am Schluß der Frist nur ein Teil der Leistung bewirkt ist. Schefold erklärt nun, in einem Fall, wo der nicht leistende Teil den Umstand, der zum Rücktritt führt, nicht zu vertreten habe und nun das, was er unentreißbar zu haben glaubte, ohne sein Verschulden zurückgewähren müsse, — daß es in einem solchen Falle unbillig wäre, wenn er nach den strengen Regeln des vertragsmäßigen Rücktrittsrechts zurückgewähren müsse; daher könne hier nur eine Haftung nach Bereicherungsgrundsätzen als billig anerkannt werden. Als weiterer Grund für diese Annahme wird die frühere Stellung der in § 361 enthaltenen Bestimmung im Abschnitt bei den gegenseitigen Verträgen angeführt, wo sie allerdings der in § 327 Satz 2 getroffenen Regelung unterlag. Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden;[1]) denn einmal steht die Bestimmung über Fixgeschäfte jetzt unter dem Abschnitt über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht; wollte man in irgend einem Punkt eine Abweichung von den hiefür aufgestellten Regeln eintreten lassen, so hätte das wohl angedeutet werden müssen. Der Umstand, daß dem jetzigen § 327 Satz 2 nach der hier vertretenen Ansicht das Hauptanwendungsgebiet entzogen ist, kann wohl nicht als durchschlagender Grund anerkannt werden. Dann entspricht die gegenteilige Annahme wohl auch nicht der Natur der Fixgeschäfte, wo eben die Zeitbestimmung in einer Weise wesentlicher Vertragsinhalt ist, daß die Folgen einer Vertragsverletzung gerade in diesem Punkt ohne Rücksicht auf das Verschulden eintreten sollen. Aus der Thatsache, daß das Handelsrecht, wie unten zu erörtern sein wird, dem Verzug, und also dem Verschulden, des Schuldners eine unterscheidende Bedeutung beigelegt hat — aber nicht in dem Sinn, daß der Rücktritt erleichtert würde — dürfte ebenfalls hervorgehen, daß das B. G.-B., das über diesen Punkt schweigt, auch keine Unterscheidung zwischen nicht rechtzeitiger Leistung mit und ohne Verschulden des Schuldners machen wollte.

[1]) S. auch Emerich a. a. O. S. 56, Littmann S. 74 ff.

§ 8.

Das Rücktrittsrecht beim Fixgeschäft des H.-G.-B.

Schon im vorigen § war erwähnt worden, daß auch das alte H.-G.-B. Bestimmungen über das Fixgeschäft enthielt. Der Eingang von Art. 357 lautete:

> „Ist bedungen, daß die Ware genau zu einer fest-bestimmten Zeit oder innerhalb einer fest bestimmten Frist geliefert werden soll, so kommt Art. 356 nicht zur An-wendung."

Im wesentlichen Punkt mit denselben Worten bestimmt § 376 des neuen H.-G.-B.:

> „Ist bedungen, daß die Leistung des einen Teils genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbe-stimmten Frist bewirkt werden soll, so kann der andere Teil, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder nicht innerhalb der bestimmten Frist erfolgt, von dem Vertrag zurücktreten oder, falls der Schuldner im Verzug ist, statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Erfüllung kann er nur beanspruchen, wenn er sofort nach dem Ablauf der Zeit oder der Frist dem Gegner anzeigt, daß er auf Erfüllung bestehe."

Das Wesen des Fixgeschäfts ist also im alten und neuen H.-G.-B., sowie im B. G.-B. mit den gleichen Worten bestimmt. § 376 H.-G.-B. unterscheidet sich aber von Art. 357 des alten H.-G.-B. vor allem dadurch, daß hier nur für den Fall, daß die Lieferung von Waren fix versprochen war, Bestimmungen getroffen waren, und von § 361 B. G.-B. dadurch, daß in § 376 H.-G.-B. die Fixgeschäfte, soweit sie Handelskäufe sind, geregelt sind. Aber auch das Rücktrittsrecht als Folge nicht rechtzeitiger Leistung des Schuldners ist wesentlich anders ausgestaltet als in § 361 B. G.-B.:

1. Der nichtsäumige Teil hat ein gesetzliches Rücktrittsrecht, nicht ein nur vertragsmäßig gedachtes; dabei wiederholen sich die Unterschiede vom Rücktrittsrecht beim Nichtfixgeschäft, insofern bei diesem der nichtsäumige Teil das Rücktrittsrecht nur hat, wenn der Schuldner im Verzug ist und regelmäßig nur nach fruchtlosem

Ablauf einer mit der Androhung der Ablehnung der Erfüllungsannahme verbundenen Fristbestimmung.

2. Das Rücktrittsrecht steht dem nichtsäumigen Teil zwar nach § 361 B. G.-B. zur Wahl mit dem Recht auf Erfüllung; aber während im B. G.-B. der Gläubiger den Anspruch auf Erfüllung ohne Anzeige an den Schuldner behält, muß er sich bei Handelskäufen ungesäumt entschließen, wenn er auf Erfüllung besteht. Hat sich der Gläubiger für Erfüllung entschieden, so kann er immer noch auf dem Weg des § 326 — falls der Schuldner in Verzug gerät — vom Vertrag zurücktreten.

3. Es ist eine besondere Bestimmung getroffen für den Fall, daß der Schuldner beim handelsrechtlichen Fixgeschäft in Verzug gerät, dahingehend, daß er in diesem Fall auch noch Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann. Ueber die Geltendmachung des Rücktrittsrechts und die Entscheidung zwischen den zur Wahl gestellten Rechten gelten die früher ausgeführten Grundsätze; zu betonen wäre nur, daß auch hier der Schuldner den nichtsäumigen Teil durch das Mittel der Fristsetzung nach § 355 B. G.-B. zur Erklärung über das Rücktrittsrecht nötigen kann.

Für den Fall teilweiser Leistung sind nach Lehmann-Ring a. a. O. S. 142 die Grundsätze von § 326 B. G.-B. zur entsprechenden Anwendung zu bringen: erfolge die Teilleistung vor Eintritt des Stichtages und nehme sie der andere Teil entgegen, so treten die in § 376 H.-G.-B. normierten Folgen — also auch das Rücktrittsrecht — am Stichtage hinsichtlich des nicht geleisteten Teils ein, habe jedoch durch das Ausbleiben der Restleistung am Stichtage die Erfüllung des ganzen Vertrags für den Gläubiger kein Interesse mehr, so könne er vom ganzen Vertrag zurücktreten und bei Verzug Schadenersatz wegen Nichterfüllung hinsichtlich des ganzen Vertrags verlangen; erfolge Teilleistung am Stichtage, so brauche sie nicht angenommen zu werden; nehme der Gläubiger die Teilleistung dagegen an, so erkläre er damit, daß er auf Erfüllung bestehe, verliere also dadurch das Rücktrittsrecht und Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung. — Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden: es erscheint doch wohl nicht angemessen der eventuellen Teilleistung am Stichtage für den Fall ihrer Annahme eine

derartig präkludierende Wirkung beizulegen, wie die der Ausschließung des Rücktrittsrechts, während die Teilleistung am Tag zuvor diese Wirkung nicht haben soll. Es ist auch nicht ausgeschlossen, daß der Gläubiger, wenn er sich überhaupt zur Annahme von Teilleistungen herbeiläßt, am Stichtage selbst deren verschiedene annimmt und bei der ersten eben noch hofft, daß die noch ausstehende noch nachfolgen werde im Lauf des Tages. Für diesen Fall versagt die gemachte Unterscheidung; auch wollte der Gläubiger, der sich in der geschilderten Weise benimmt, doch wohl kaum sein Rücktrittsrecht aufgeben. Wir gelangen daher für Fixgeschäfte zu der Ansicht, daß wenn am Stichtag nicht die volle Leistung bewirkt wird, daß dann sofort hinsichtlich des ganzen Vertrags die in § 376 gegebenen Rechte dem Gläubiger zur Verfügung stehen. Denn wenn überhaupt ein Fixgeschäft vereinbart wird, so ist damit die Rechtzeitigkeit der gesamten Leistung derart für die Vertragserfüllung wesentlich, daß Teilerfüllung gar nicht als vertragsmäßige Leistung anzusehen ist. Wenn der Gläubiger im einzelnen Fall doch noch Wert darauf legt, den noch ausstehenden Teil zu bekommen, so kann er das ja durch Verzicht auf seine Befugnis leicht erreichen.

Anhang.

§ 9.

Das Verhältnis des § 283 B. G.-B. zum Ablehnungsrecht des § 286 Abs. 2.

Wir haben nunmehr gesehen, daß nach dem geltenden Recht bei Verzug des Schuldners das Recht des Gläubigers die schuldnerische Leistung abzulehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen zwar in der Regel davon abhängig ist, daß dem Gläubiger nachweislich das Interesse an der Leistung infolge des Verzugs fehlt, daß aber hievon Ausnahmen zugelassen sind bei den gegenseitigen Verträgen und daß bei diesen, sowie im besondern bei den Fixgeschäften auch ein Rücktrittsrecht gewährt ist.

Noch § 369 Abs. 2 des ersten Entwurfs des B. G.-B. hatte, wie oben erwähnt, in Ansehung der Regelung der Verzugsfolgen beim gegenseitigen Vertrag den gemeinrechtlichen Standpunkt festgehalten und das Rücktrittsrecht lediglich für den Fall der qualifizierten mora nach rechtskräftiger Verurteilung gewährt; die betreffende Bestimmung fand sich im ersten Entwurf § 243; diesem entspricht § 283 des Gesetzes, wo es heißt:

> „Ist der Schuldner rechtskräftig verurteilt, so kann der Gläubiger ihm zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Nach dem Ablauf der Frist kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, soweit nicht die Leistung rechtzeitig bewirkt wird; der Anspruch auf Er-

füllung ist ausgeschlossen. Die Verpflichtung zum Schadensersatz tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstands unmöglich wird, den der Gläubiger nicht zu vertreten hat.

Wird die Leistung bis zum Ablauf der Frist nur teilweise nicht bewirkt, so steht dem Gläubiger auch das im § 280 Abs. 2 bestimmte Recht zu."

Zu dieser Bestimmung bemerken die Motive,[1]) nach fruchtlosem Ablauf der Frist trete zu Gunsten des Gläubigers gewissermaßen die Fiktion ein, die Leistung sei aus einem von dem Schuldner zu vertretenden Umstand unmöglich geworden, woraufhin der Gläubiger sein Interesse wegen Nichterfüllung fordern könne. Die Auffassung dieser Stelle als einer Fiktion wird auf das lebhafteste von Romeick bekämpft.[2]) Für unsern Zweck handelt es sich darum, festzustellen, daß hier ein weiterer Fall vorliegt, wo nicht rechtzeitige Leistung des Schuldners ein Ablehnungsrecht des Gläubigers zur Folge hat; und da auch hier vom Wegfall des Interesses nicht die Rede ist, so handelt es sich auch hier um eine Ausnahme von der eingangs erwähnten Regel. Auch daß der Schuldner sich im Verzug befindet, wird nicht vorausgesetzt; doch wird dies meistens der Fall sein; denn es muß ein rechtskräftiges den Schuldner verurteilendes Erkenntnis vorliegen, sowie fruchtloser Ablauf einer dem Schuldner vom Gläubiger gesetzten Frist, die mit der Androhung der Ablehnung der Leistungsannahme verbunden war. Die Folge davon ist dann genau wie in § 286 Abs. 2: Recht der Ablehnung der nachträglich angebotenen Leistung und Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung; deshalb kann man auch sagen: das Vorliegen des rechtskräftigen Urteils verbunden mit dem Fristsetzungsverfahren ersetzt den Beweis des mangelnden Interesses, der in 286 Abs. 2 verlangt wird. Dabei ist jedoch zu beachten, daß bei § 286 Abs. 2 unter allen Umständen Verzug vorliegen muß, ferner daß § 283 im Gegensatz zu § 286 Abs. 2 den Anspruch auf Erfüllung ausschließt, wenn die gesetzte Frist abgelaufen ist, und nur das Ablehnungsrecht gewährt, ferner

[1]) Motive Bd. 2 S. 53.

[2]) Ebenso Paech a. a. O. S. 142.

daß auch der Anspruch auf Schadensersatz ausgeschlossen ist, wenn dem Schuldner der ihm obliegende Nachweis gelingt, die Leistung sei infolge eines Umstands unmöglich geworden, den er nicht zu vertreten habe. Dieser Beweis kann dahin gehen, der Gläubiger habe selbst die von der Zeit von der Rechtskraft des Urteils bis zum Ablauf der Frist eingetretene Unmöglichkeit zu vertreten oder — falls der Schuldner im Verzug ist — die Unmöglichkeit sei durch einen Zufall, der bei der Leistung innerhalb der bezeichneten Zeit auch den Gläubiger betroffen hätte, bewirkt worden.

Auch hier ist der Fall vorgesehen, daß beim Ablauf der Frist die Leistung teilweise noch nicht gemacht ist; in der Regel kann hier der Gläubiger soweit vom Vertrag zurücktreten, als der noch ausstehende Teil der Leistung den Vertragsinhalt bildet; es steht ihm aber nach Abs. 2 „auch" das in § 280 Abs. 2 bestimmte Recht zu, d. h. er kann, falls er nachweist, daß die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat, unter Ablehnung des noch ausstehenden Teils der Leistung und Rückgabe des bereits empfangenen Schadensersatzes wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen.

§ 10.

Begründet der Verzug in der Erfüllung einer jeden aus einem gegenseitigen Vertrag sich ergebenden Verpflichtung ein Rücktrittsrecht?

Wir haben bis jetzt von der Möglichkeit der Geltendmachung eines Rücktrittsrechts nur in dem Fall geredet, daß von den beiden einander gegenüberstehenden Parteien je nur eine Leistung geschuldet wird und diese eine nicht rechtzeitig bewirkt wird. Nun ist es aber, abgesehen von diesem Normalfall nicht ausgeschlossen, daß für jeden Kontrahenten weitere verschiedenartige Vertragspflichten entstehen; so ist z. B. beim Kauf der Käufer verpflichtet, den Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen; der Vermieter ist nicht nur nach § 535 verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache während der Mietzeit zu gewähren, sondern auch nach § 547, dem Mieter die auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen zu ersetzen; beim Werkvertrag ist der Besteller nicht

nur nach § 631 zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet, sondern auch nach § 648 dem Unternehmer eines Bauwerks für seine Forderungen aus dem Vertrag eine Sicherungshypothek an dem Baugrundstück einzuräumen.

Wir schließen uns bei der Beantwortung der gestellten Frage der von Staub u. a. vertretenen Ansicht an; hienach ist nämlich zu untersuchen, welche der beiderseitigen Verpflichtungen im einzelnen in eigentlich synallagmatischen Verhältnis zueinanderstehen; es ist zu fragen, ob der Schuldner mit derjenigen Leistung im Verzug ist, welche das eigentliche Aequivalent für die Leistung des Nichtsäumigen ist; nur auf die Hauptleistung und die zu ihr in diesem Verhältnis stehende Gegenleistung kommt § 326 und das Rücktrittsrecht zur Anwendung. Im konkreten Fall kann es allerdings zweifelhaft sein, ob eine bestimmte Verbindlichkeit zu den gegenseitigen Hauptpflichten eines Vertrags gehört oder nicht; darüber entscheiden dann eben die besonderen Umstände. Näher einzugehen wäre noch auf die in § 433 Abs. 2 genannte Abnahmepflicht des Käufers, d. h. auf die Frage, ob man von ihr als einer zu der Verpflichtung des Verkäufers — dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen — in synallagmatischem Verhältnis stehenden Gegenleistung reden kann. Das neue H.-G.-B. scheint in einem besonderen Fall die Frage zu bejahen, insofern es in § 375 gegen den mit der Vornahme der Spezifikation säumigen Käufer dem Verkäufer die Rechte des § 326 B. G.-B. gewährt. Die Frage wird weiter bejaht von Cosack (Bd. I § 130, VI, 3), ferner von Endemann (Bd. I § 158, 2) und von Lehmann-Ring (Bd. 2, Bem. zu § 372), ebenso von Emerich a. a. O. S. 89; sie wird dagegen verneint u. a. von Staub;[1]) er führt aus, daß die Abnahmepflicht weder juristisch noch wirtschaftlich das Aequivalent für die Lieferungspflicht sei; Aequivalent für die Lieferung der Ware sei vielmehr der Kaufpreis. Zu dem gleichen Ergebnis gelangt auch Romeick, jedoch auf wesentlich anderem Weg; er sieht nämlich in der Ab-

[1]) Exkurs zu § 374; ebenso Kisch a. a. O. S. 7 ff., Kleineidam a. a. O. S. 127, Littmann a. a. O. S. 29, Paech a. a. O. S. 152; a. Ansicht auch Schöller in Gruchots Beiträgen Bd. 46 S. 10 ff., ferner Makower a. a. O. S. 1119.

nahme überhaupt nicht eine Leistung, die Gegenstand einer Vertragsverpflichtung wäre; die Abnahme ist hienach vielmehr nur eine die Annahme bethätigende Ausführungshandlung, eine Handlung, durch welche der Käufer seine Gläubigerverpflichtung, die Annahme erfüllt. Dieser Ansicht wird wohl beizupflichten sein; somit entfällt die Anwendbarkeit des § 326 B. G.-B. auf den sog. Abnahmeverzug von selbst. Nun kann allerdings der Käufer sich mit der Annahme, also als Gläubiger in Verzug befinden; diese Annahme ist aber nicht ein Aequivalent für die vertragsmäßig dem Verkäufer obliegende Leistung; so lange also nur Annahmeverzug und nicht zugleich Verzug mit der Zahlung des Kaufpreises vorliegt, kann von § 326 B. G.-B. und dem dort gewährten Rücktrittsrecht kein Gebrauch gemacht werden.

Auch in der Rechtsprechung sind die Ansichten über diese ganze Frage geteilt. Auf dem hier vertretenen Standpunkt steht ein bei Mugdan-Falkmann Bd. 3, S. 184 aufgeführte Entscheidung, ferner ein Urteil des O.-L.-G. Stuttgart vom 17. Oktober 1902 (Deutsche Juristenzeitung Bd. 7, S. 584, Mugdan-Falkmann Bd. 6, S. 490); hier wird ausgeführt, für die Ansicht, § 326 beziehe sich nur auf den Fall, daß der Schuldner mit der Leistung im Verzug sei, welche sich als die eigentliche Gegenleistung für die Leistung des nicht Säumigen, als die Hauptleistung, darstelle, spreche vor allem der innere Grund, daß die weitgreifenden Folgen, welche in den Fällen des § 326 den säumigen Schuldner treffen, im Fall des bloßen Abnahmeverzugs sehr häufig als der Sachlage nicht entsprechend erscheinen würden.

Anderer Ansicht ist allerdings ein Zwischenurteil des O.-L.-G. Marienwerder vom 6. Dezember 1901 (Mugdan-Falkmann Bd. 6, S. 50); hienach unterscheidet § 326, wenn er vom Verzug des einen Teils mit der ihm obliegenden Leistung spricht, nicht zwischen Bestandteilen dieser Leistung nach der Richtung, ob sie das eigentliche Korrelat der Gegenleistung sind; vielmehr seien unter Leistungen alle einzelnen im Gesetz vorgesehenen Erfüllungsverpflichtungen zu verstehen, also beim Käufer die Zahlung des Kaufpreises und die Abnahme. Ebenso spricht sich aus das Urteil des O.-L.-G. Karlsruhe vom 11. Juli 1902 (Mugdan-Falkmann Bd. 6, S. 51).